Der Schrankfachvertrag der deutschen Banken nach seiner zivilrechtlichen Seite.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität

Leipzig

eingereicht von

Georg Loebner,

Referendar in Berlin.

Liegnitz.
Druck von Carl Seyffarth.
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0113

Meiner Mutter.

Der Schrankfachvertrag der deutschen Banken nach seiner zivilrechtlichen Seite.

I. Einleitung . . . . . Seite 1
§ 1. Entwicklung des Schrankfachs . . . . . „ 1
§ 2. Einrichtung der Stahlkammer . . . . . „ 2
§ 3. Bedingungen der Banken . . . . . „ 4
II. Die obligatorischen Beziehungen der Vertragsparteien . . . „ 7
§ 4. Der Vertragscharakter des Schrankfachgeschäftes . . „ 7
§ 5. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien . . . . „ 31
III. Die dinglichen Beziehungen beim Schrankfachvertrag . . . „ 57
§ 6. Besitz der Vertragsparteien an Fach und Inhalt . . „ 57
§ 7. Eigentum der Vertragsparteien und die Rechte aus dem Eigentum . . . . . „ 69
§ 8. Erwerb dinglicher Rechte am Fachinhalt durch die Bank . . . . . „ 71
§ 9. Erwerb dinglicher Rechte am Fachinhalt durch Dritte „ 79
IV. § 10. Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt . . . . . „ 81

Literatur-Verzeichnis.

Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite. 1905.
Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1904.
Bernt, Safes. In den Blättern für Genossenschaftspflege. Berlin 1907. S. 44 ff.
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1903. 2. Aufl.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 21 Nr. 424.
Bondi, Zwangsvollstreckung in sog. Bank-Safes (Stahlkammern). Sächs. Archiv f. bürg. Recht und Prozeß. Bd. 13. S. 8 ff.
Brückner, Welches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn ein Bankier Tresorfächer in seiner Stahlkammer an Geschäftsfreunde zur Aufbewahrung von Wertpapieren usw. gegen Entgelt überläßt? Im „Recht". Jahrg. 6. 1902. S. 251 ff.
Burchard, Das Lagergeschäft nach dem deutschen Handelsgesetzbuch. In Egers Zeitschrift für Eisenbahnrecht. 16. Bd. 1900. S. 184 ff.
Cohn, Die Rechtsbeziehungen an den in die Stahlkammer einer Bank hineingelegten Wertpapieren und die Zwangsvollstreckung in diese Wertpapiere. Im Archiv f. bürg. Recht (Kohler, Ring, Oertmann). 30. Bd. 1907. S. 235 ff. zit. Cohn I.
Cohn, Der Stand der Lehre von der Zwangsvollstreckung in den Stahlkammerfachinhalt. Ebenda Bd. 33. 1909. S. 295 ff., zit. Cohn II.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 2. Aufl. 1899. II. Bd. 1900, zit. Cosack I.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900, zit. Cosack II.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II, 2. 1902. Bd. III. 1905.
Danz, Laienverstand und Rechtsprechung. In Iherings Jahrb. f. Dogm. 38. Bd. 1898. S. 478 ff.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. II Abtlg. 2. 3. Aufl. 1906. Bd. III. 3. Aufl. 1904.
Dernburg, Pandekten. Berlin 1903.
Dorn, Das Kassenschrankfach-Geschäft 1906.
Düringer, Die Verwahrung im Schrankfach des Bankiers. Im Bankarchiv Bd. 5. 1905. S. 65 ff., zit. Düringer I.

Düringer, Das Bankdepotgesetz. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. 1. Jahrg. 1907. S. 45/46, zit. Düringer II.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd II. 1901. Bd. III. 1905.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. Bd. I, 2. 1903. Bd. II. 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 33. S. 46 Nr. 11. Bd. 50. S. 139 Nr. 31.

Exner, Die rechtliche Natur des Safevertrages und die Zwangsvollstreckung in den Safeinhalt. Greifswald 1907.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. 9. Aufl. Bd. II. Tübingen 1908.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 2. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts.

Gumbel, Der Stahlkammerfachvertrag der deutschen Banken. 1908.

Hancke, Ist der sogen. Safevertrag ein Mietsvertrag oder ein Verwahrungsvertrag? DJZ. 5. Jahrg. 1900. S. 389 ff.

Heinrici, Die Verträge über die Benutzung von Stahlkammern in Schrankfächern. Bei Gruchot Beitr. 44. Jahrg. 1900. S. 820 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Hertel, Die Rechtsverhältnisse beim Safevertrag. Justizdienstl. Rundschau. 5. Jahrg. 1906. S. 52 ff.

Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 1894. 3. Jahrg. Nr. 6.

Jacoby, Die rechtliche Natur des Safe-Geschäftes. Leipzig 1908.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1904.

Juristische Wochenschrift. 4. Jahrg. 1895. S. 399. Nr. 63.

Keyßner, Bedingungen für den Geschäftsverkehr bei der Königlichen Seehandlung (Preußische Staatsbank) in Goldschmidts Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. 56. Bd. 1906. S. 305 ff. zit. Keyßner I.

Keyßner, Besprechung von Wettstein, das Kassenschrankfachgeschäft. Ebenda 53. Bd. 1903. S. 629, zit. Keyßner II.

Korn, Die Technik der Bankdepotgeschäfte in den Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. Jahrg. 1906. S. 481 ff. bes. II. Kap., 2. Abschn.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Lafrenz, Die Ablieferung des im Banksafe verwahrten Testaments nach dem Tode des Erblassers. In DJZ. 1904. S. 159 ff.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts 1905.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. II. 1901.

Leske, Bürgerliches Gesetzbuch und Preußisches Allgemeines Landrecht. 1. Hälfte 1900.

Marcus, Bemerkungen über die Rechtsnatur des Schrankfach-(Safe-)Vermietungsvertrages. In Holdheims Monatsschrift. 14. Jahrg. 1905. S. 251 ff.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Mayer, Überlassung von Kassenschrankfächern und Zwangsvollstreckung in solche. In Holdheims Monatsschrift. 13. Jahrg. 1904. S. 96 ff.

Meikel, Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes. Im „Recht" 7. Jahrg. 1903. S. 197 ff.

Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. Berlin 1909.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches. Bd. 2/3. 2. Aufl. 1896.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. Berlin 1909, zit. Neumann I.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. 2. Jahrgang. Bd. I. 1905. 7. Jahrg. Bd. 7. Berlin 1909. S. 285 ff.

Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Oetker, Über Notwehr und Notstand nach §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuches in Bernhöft-Binder, Beitr. z. Ausl. d. Bürgerlichen Gesetzbuches. 4./5. Heft. Leipzig 1903. S. 237 ff.

Pinner, Die Pfändung von Gegenständen, die der Mieter von Schrankfächern in der Stahlkammer einer Bank in diesen verwahrt hat. In Perl-Wreschner, Bl. f. Rechtspflege. 6. Jahrg. Berlin 1895. S. 65 ff.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 3. Aufl. Bd. II. 1907. Bd. III. 1906.

Pricken, Die Zwangsvollstreckung in den Inhalt eines Kassenschrankfachs. In Holdheims Monatsschrift. 16. Jahrg. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III. 1899.

Ratzenhofer, Die juristische Behandlung der Safe-Depots. In der Allgem. österr. Gerichts-Zeitung. 54. Jahrg. 1903. S. 363 ff., 374 ff.

Regelsberger, Die Rechtsverhältnisse, die auf Grund des sogen. Safevertrag entstehen. Im Bankarchiv. 7. Jahrg. 1907/8. S. 2 ff.

Rießer, Das Bankdepotgesetz 1906.

Sarwey, Konkursordnung 1901.

Schlotter, Zum Schrankfachvertrag. Im Bankarchiv. 7. Jahrg. 1907/8. S. 125.

Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschichtlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung. München 1899.

Sohm, Institutionen. 11. Aufl. Leipzig 1903.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 5. Aufl.

Staub, desgl. 8. Aufl. Bd. I. 1906. Bd. II. 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. München. Bd. II. 1908. Bd. III. 1907.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB. In Iherings Jahrb. für Dogm. 38. Bd. S. 1 ff.

Türcke-Niedenführ, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Berlin 1904.
Vogel, Der Bankier als Verwahrer von Wertpapieren nach geltendem Recht. 1904.
Wettstein, Das Kassenschrankfachgeschäft. 1903.
Wilutzki, Miete mit doppeltem Verschluß? Deutsche Juristen-Zeitung. 5. Jahrg. 1900. S. 294 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt. 9. Aufl. Bd. II.
Wimmer, Das Schrankfachgeschäft. Leipzig 1906.
Wolff, Heinrich, Pflichten und Befugnisse des Bankiers als Depositar, insbesondere in Bezug auf Wertpapiere nach geltendem Recht. Berlin 1908.
Wolff, Martin, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Iherings Jahrbüchern f. Dogm. 44. Bd. 1902. S. 141 ff.

Bestimmungen Breslauer und anderer deutscher Banken über die Benutzung von Schrankfächern in Stahlkammern.

I. Einleitung.

§ 1.

Entwicklung des Schrankfachs.

Das Schrankfach, wie es den nach ihm benannten Verträgen der deutschen Banken zu Grunde liegt, tritt uns zuerst in England und Amerika entgegen[1]. Nach Wettstein[2] hat es sich in folgender Weise aus dem alten depositum regulare des Bankiers, dem verschlossenen Depot entwickelt: Der Bankier, der selbst einen großen Vorrat eigener Wertsachen aufzubewahren hatte, nahm Sachen seiner Geschäftsfreunde in seine „Panzerkasse" auf. Besserer Übersicht wegen schrieb er diesen Depositen eine bestimmte Form vor, die er nach der Einrichtung seiner Kasse wählte. Es wurde üblich, ein die Wertpapiere enthaltendes versiegeltes Kuvert dem Bankier zu übergeben. Um den Mißstand zu vermeiden, bei der Öffnung des Depots Siegel und Verpackung jedesmal zerstören zu müssen, ersetzte man das Kuvert durch eine verschließbare Kassette oder Schatulle. Später fertigte der Bankier selbst derartige Kassetten in der für seine Kasse passenden Form an und verkaufte sie an seine Kunden; und wieder später kam er, um nicht öfters neue herstellen lassen zu müssen, auf den Gedanken, diese Kassetten den Kunden nur zum Gebrauch zu überlassen. In seiner Kasse ließ er ein Gestell errichten, in welchem dieselben nebeneinander aufbewahrt wurden. Der Hauptunterschied dieser Art Depositen von dem heutigen Schrankfach war nunmehr noch der, daß der Kunde die Kasse nicht selbst betreten durfte, sondern ihm seine Kassette am Kassenschalter ausgehändigt wurde, wo

[1] Vergl. Wettstein a. a. O. S. 17; Düringer a. a. O. I. S. 65 ff.; Wilutzki a. a. O. S. 294; Exner a. a. O. S. 11; Ratzenhofer a. a. O. S. 363; Jacoby a. a. O. S. 24.

[2] Vergl. Wettstein a. a. O. § 3 S. 17 ff.

er sie auch wieder zurückgab, wenn er die beabsichtigten Handlungen an seinem Depot vorgenommen hatte. Als dem Kunden Gelegenheit gegeben wurde, selbst den mittlerweile zur Stahlkammer veränderten Kassenraum zu betreten, war das heut übliche Schrankfach geschaffen[1].

Jacobi[2] bezeichnet diese Darstelluug Wettsteins als eine Hypothese, die sehr bestechend sei, deren Richtigkeit aber zweifelhaft bleibe, Korn[3] nennt sie sogar „mehr romanhaft als historisch" und bestreitet die Möglichkeit, beim Stahlschrank von einer historischen Entwicklung zu sprechen, da derselbe ein Produkt der modernen Technik sei und nicht einem Verkehrsbedürfnis seine Entstehung verdanke. In Wirklichkeit ist aber wohl die moderne Technik der Entwicklung des depositum regulare zu Hilfe gekommen, damit diese zur Entstehung des heutigen Schrankfachvertrags führen konnte, mag auch die von Wettstein gegebene Entstehungsgeschichte nicht unanfechtbar sein.

In Deutschland gaben am Anfang der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts den äußeren Anlaß zur allgemeinen Einrichtung von Stahlkammern und Schrankfächern bei allen größeren Banken[4] eine Reihe unliebsamer Erfahrungen in dem deutschen Bankverkehr, die bei dem Publikum das Verlangen nach einem besseren Schutz des Privatkapitals in den Händen des Bankiers wachriefen. Es ist die in den Bankierkreisen selbst lebhaft unterstützte Bewegung, welche auch das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 zur Folge hatte.

§ 2.

Einrichtung der Stahlkammer.

Die jetzt gewöhnliche Einrichtung der Stahlkammern ist folgende[5]: Meistens in den Kellerräumen, mitunter auch in sogen. Safetürmen[6] befindet sich in den Bankgebäuden ein mit Stahl-

[1] Ansätze zu dieser in England vollzogenen Entwicklung finden sich auch in Deutschland, Italien, Frankreich, der Schweiz. S. Wettstein a. a. O. S. 21.

[2] a. a. O. S. 26.

[3] a. a. O. S. 498 Nr. 1.

[4] Die Reichsbank hat keine Schrankfächer und Stahlkammern.

[5] Siehe besonders Wettstein a. a. O. S. 21 ff.; Jacoby a. a. O. S. 8 ff.

[6] Safe = sicher, sicherer Ort, feuerfester Schrank.

platten gepanzertes Granitgewölbe oder mit Zement vergossenes Backsteingewölbe (Stahlkammer), welches durch eine schwere, aus sehr dicken Stahlplatten bestehende Tür verschlossen wird. Das Öffnen und Schließen derselben erfolgt häufig nicht durch Schlüssel, sondern auf automatischem oder elektrischem Wege, wozu entweder ein Buchstabenschloß oder ein Zeitschloß verwendet wird. Jenes öffnet und schließt nur auf eine von Millionen möglicher Kombinationen, dieses hält die Tür überhaupt nur zu den Geschäftszeiten offen und hindert außerhalb derselben jede Öffnung.

In der Stahlkammer stehen schmiedeeiserne Schränke, Panzerkassetten oder schon äußerlich sichtbar in Fächer geteilte Gestelle, Dieselben sind vielfach in die Wände des Raumes eingemauert. Mitunter hält man es jedoch nicht für nötig, die schon durch ihre eigene gehörige Schwere vor rechtswidriger Wegnahme geschützten Schränke noch besonders einzumauern. In den Schränken usw. befinden sich Schubladen oder Kästchen von gleicher Form[1], die sogen. Schrankfächer. Mitunter sind auch diese Fächer selbst unmittelbar in die Wände der Stahlkammer eingelassen, ohne erst in einem Schrank untergebracht zu werden. Die Fächer bestehen, wie die Schränke, ebenfalls vollkommen aus Stahl.

Hinsichtlich des Verschlusses der Fächer sind verschiedene Arten zu unterscheiden. Die einfachste ist folgende: der ganze Schrank wird durch eine große Tür abgeschlossen, deren Öffnung nur dem Bankbeamten möglich ist, da er allein den Schlüssel zu ihr bei sich führt; das Fach selbst ist innerhalb des Schrankes noch einmal durch eine eigene Fachtür abgeschlossen, zu welcher in der Regel der Kunde allein den Schlüssel führt. Häufig wird es dem Kunden noch gestattet, den Verschluß durch eine mit Vorhängeschloß versehene Haspe zu sichern. Neuerdings hat jedes einzelne Fach seine eigene äußere Tür, die durch zwei Schlösser verschließbar ist, zu deren einem der Bankier, zu derem anderen der Kunde den einzigen Schlüssel in Gewahrsam hat. Die Reihenfolge, in der dabei die Schlösser geöffnet werden müssen, ist ebenfalls vorgeschrieben und jeweils verschieden. In

[1] Doch ungleicher Größe.

entsprechender Weise wird die Tür wieder verschlossen, häufig ist aber auch die Einrichtung getroffen, daß das Schloß beim Zuschlagen der Tür oder beim Herausziehen des Schlüssels von selbst einschnappt, um das Offenbleiben des Faches zu vermeiden[1].

In den Fächern (Schubladen) befinden sich häufig ihrerseits noch durch den Kunden verschließbare Kästen, welche den Hohlraum des Faches ausfüllen und zur Aufnahme des Depots bestimmt sind. Dieses, das Depot enthaltende Kästchen, kann der Kunde herausnehmen und in eine der Kojen oder Kabinen bringen lassen, deren die Stahlkammer oder ein Vorraum mehrere enthält und in welcher der Kunde ungestört die beabsichtigte Handlung an seinem Depot vornehmen kann.

Der Vorraum ist ebenfalls gewöhnlich verschlossen und zwar durch eine aus dicken gitterartig angebrachten Eisenstäben bestehende Tür.

Der ganze Raum ist durch alle Mittel der Technik gegen Feuer und Einbruchsdiebstahl gesichert und wird mit seinem gesamten Inhalt ständig von Angestellten der Bank bewacht.

§ 3.

Bedingungen der Banken.

Über die Benutzung dieser Schrankfächer durch den Kunden werden nun Verträge zwischen ihm und der Bank abgeschlossen, wobei in der Regel der Kunde ein von der Bank geliefertes Formular unterschreibt, welches die Bedingungen enthält. Diese Formulare der einzelnen Banken stimmen in den wesentlichen Punkten überein und enthalten folgendes:

Die Bank versichert zunächst, daß ihre Stahlkammern nach Ansicht bewährter Techniker feuer- und diebessichere Gewölbe sind, verspricht auf die Bewachung und Sicherung, sowie auf den Verschluß der Kammer und Fächer die größte Sorgfalt zu verwenden und übernimmt für ihre Versicherungen und Versprechungen die Haftpflicht. Es werden sodann Bestimmungen getroffen über die Vergütung für die Benutzung der Fächer und über die Dauer des Verhältnisses. Regelmäßig gilt das-

[1] Und die damit verbundene größere Möglichkeit eines Diebstahls.

selbe für nicht länger als ein Jahr eingegangen; fast alle Bedingungen aber kennen eine stillschweigende Verlängerung. Die Bank behält sich jedesmal ein sofortiges Kündigungsrecht ohne Angabe der Gründe vor. Hierbei werden Bestimmungen über die Art und Weise, in der die Bank den Kunden von der Kündigung zu benachrichtigen hat, getroffen. Gegebenenfalls soll der Bank das Recht gewaltsamer Eröffnung zustehen.

Es wird dem Kunden nur die Einlage bestimmter Gegenstände[1] gestattet und ihm die Haftung aus der Zuwiderhandlung auferlegt. Häufig bedingt sich auch die Bank ein Prüfungsrecht in dieser Richtung aus[2].

Der Eintritt in die Stahlkammer wird in der Regel von dem Vorzeigen der jährlich zu erneuernden Einlaßkarte von der Abgabe eines nur dem Kunden und der Bank bekannten Paßwortes oder Schlüsselwortes, mitunter auch außerdem von jedesmaliger Namensschrift abhängig gemacht. Weiterüberlassung des Faches an Dritte wird ausdrücklich ausgeschlossen und der Vertrag auf die Person des Kunden beschränkt. Weiter werden Bestimmungen über die Bevollmächtigung Dritter durch den Kunden und deren Eintritt in die Stahlkammer getroffen, sowie über die Erteilung von sogenannten Einlaßscheinen an Vertrauenspersonen zum Öffnen der Safes in Einzelfällen. Bei Todesfällen der Kunden wird meistenteils ein Erbschein oder dergleichen als Legitimation gefordert. Auch wird mitunter eine dritte Person von Anfang an besonders für den Todesfall bevollmächtigt. Manche Banken erklären die Vollmacht mit Kenntnis von dem Ableben des Kunden für erloschen.

Mitunter wird auch über die Benutzung eines Safes durch mehrere Bestimmung getroffen. Hier soll gewöhnlich jedem, auch über den Tod des anderen hinaus, die alleinige Verfügung zustehen, beide dagegen für alle Ansprüche der Bank aus dem Fachvertrag als Gesamtschuldner verhaftet sein.

Es folgt nun eine Erklärung der Verschlüsse, wobei meistenteils bemerkt wird, daß der Mitverschluß der Bank der Aus-

[1] In der Regel Schriftstücke, Dokumente, Wertpapiere, Edelsteine und Geld.

[2] Die Seehandlung schließt eine Prüfungspflicht ausdrücklich aus. Keyssner I S. 505.

übung einer strengeren Kontrolle diene. Dem Kunden wird die Pflicht auferlegt, den ihm — häufig in duplo — übergebenen Schlüssel zu verwahren und einen eventuellen Verlust, ebenso wie ein Bekanntwerden des Paßwortes, der Bank unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er für den Schaden verantwortlich sein solle. Ebenso soll er verpflichtet sein, die Kosten einer gewaltsamen Öffnung und einer Schloßänderung gegebenenfalls zu tragen. Hierbei bestimmt die Bank in der Regel, daß sämtliche Arbeiten in der Stahlkammer nur von ihren bestimmten Handwerkern ausgeführt werden dürfen.

Bei Endigung des Vertrages soll der Kunde zur Rückgabe der Schlüssel und Übergabe des Faches in dem Zustand, in dem er es übernommen hat, verpflichtet sein, widrigenfalls er für Schadensersatz und Erstattung der der Bank durch die erforderlich werdende gewaltsame Öffnung entstehenden Kosten hafte.

Hierbei bedingen sich die Banken in der Regel das Recht aus, in solchen Fällen sich aus dem Inhalt des Faches gemäß § 1228 ff. BGB., gegebenenfalls § 1221 BGB. wegen aller Forderungen aus dem Vertragsverhältnis gegen den Kunden zu befriedigen[1].

Es folgen endlich Bestimmungen über die Besuchszeit der Stahlkammer und über die Benutzung des Vorraums, die Aufzählung der eintrittsberechtigten Personen und die Verpflichtung des Kunden, sich den im Interesse der Sicherheit getroffenen Anordnungen der Bank oder ihrer Beamten zu fügen.

[1] Wettstein a. a. O. führt in der Annexe S. III unter „Bestimmungen über die Verwahrung von Wertsachen in den eisernen Schrankfächern in der Stahlkammer der Schweizerischen Bundesbank in Bern“ an: Nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Bank für alle ihre Forderungen an allen Sachen ihres Schuldners, welche sich in ihrem Gewahrsam befinden, ein Pfandrecht, also auch am Inhalt des Schrankfachs.

II. Die obligatorischen Beziehungen der Vertragsparteien.

§ 4.

Der Vertragscharakter des Schrankfachgeschäftes.

Aus dem Mitgeteilten ist ersichtlich, daß die Banken bestrebt sind, in ihren Vertragsbedingungen ihr Verhältnis zu ihren Kunden vollständig zu regeln. Die Frage nach der rechtlichen Natur des Schrankfachvertrages hat daher in erster Linie nur theoretische Bedeutung. Da jedoch sehr wohl Fälle möglich werden können, in denen die Vertragsvorschriften nicht ausreichen, da ferner Rechte und Pflichten in ihren Einzelheiten noch vielfach bestritten sind und da endlich die Bedingungen nur in sehr geringem Umfang Bestimmungen über die Rechte Dritter an dem Inhalt des Schrankfachvertrages treffen, ist es auch praktisch wichtig, zu untersuchen, welcher Vertragsgattung der Schrankfachvertrag angehört, welche rechtlichen Bestimmungen beim Versagen der vertraglichen Abmachungen Anwendung zu finden haben, welche dinglichen Rechte an Fach und Inhalt bestehen oder zu erwerben sind und auf welche Weise die Rechte aus dem Vertrag geltend zu machen sind. Die Literatur über diese Fragen ist darum auch sehr umfangreich.

Der Schrankfachvertrag ist unbestritten[1] ein Gegenseitiger Vertrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 320 ff.). Er ist ferner stets ein Handelsgeschäft (§ 343 HGB.). Zwar gehört er nicht zu den Bankier- und Geldwechslergeschäften (§ 1 Z. 4 HGB.); denn er „befriedigt nicht die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld und Wertpapieren“[2]. Aber er gehört stets zu dem Geschäftsbetrieb eines Bankiers, also eines Kaufmanns (§ 1 Z. 4 HGB.)[3].

---

[1] Eine gegenteilige Ansicht ist nicht bekannt geworden. Allerdings ist, worauf Gumbel a. a. O. S. S. 14 ff. hinweist, bestritten, ob der entgeltliche Verwahrungsvertrag ein gegenseitiger ist.

[2] So Staub a. a. O., 8. Aufl., § 1 Anm. 64, S. 48.

[3] Institute, die sich lediglich mit Safe-Geschäften befassen, gibt es in Deutschland nicht. Ihre Geschäfte sind nach § 2 HGB. ebenfalls Handelsgeschäfte. S. über derartige Institute in England und Amerika Jacoby a. a. O. S. 7.

Weder das Handelsgesetzbuch noch das Bürgerliche Gesetzbuch führen den Schrankfachvertrag namentlich unter den von ihnen besonders geregelten Verträgen auf. Ist er nun darum ein contractus sui generis oder läßt er sich unter eine der Vertragsgattungen unterordnen? Unstreitig fällt er nicht unter die benannten Verträge des Handelsgesetzbuches. Dagegen gehen die Meinungen darüber auseinander, ob er unter eine der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstypen und unter welche unterzuordnen ist.

Die Vertragsbedingungen der Banken bezeichnen die Überlassung des Fachs fast ausnahmslos als Vermietung, den Kunden als Mieter und die Vergütung als Mietszins. Wenn man dem gegenüber die geschichtliche Entwickelung des Bankfachvertrages aus dem verschlossenen Depositum betrachtet, so scheinen Mietvertrag und Verwahrungsvertrag gleich nahe zu liegen. In der Tat ist die Meinung zwischen diesen Verträgen in der Weise geteilt, daß die einen Miete, die anderen Verwahrung, wieder andere eine jedesmal verschiedenartige Kombination zwischen beiden annehmen[1].

Die Vertreter der sich für Miete[2] entscheidenden Gruppe sehen die wesentlichen Kennzeichen des Schrankfachvertrages in der Hingabe eines — möglichst sicheren — Raumes zur Benutzung auf Zeit gegen Entgelt, also den wesentlichen Kennzeichen des als Miete im Bürgerlichen Gesetzbuche bezeichneten Vertrages. Um die daraus für die Bank entstehende Hauptverpflichtung

---

[1] Die Auffassung des Fachvertrages als Werk- oder Dienstvertrag findet sich in Deutschland nicht. Siehe wegen Frankreich: Jacoby a. a. O. S. 25, Nr. 2.

[2] Für Miete entscheiden sich: Brückner a. a. O. S. 251; Heinrici a. a. O. S. 824; Marcus a. a. O. S. 252; Schweyer a. a. O. S. 20; Mayer a. a. O. S. 98; Hertel a. a. O. S. 53; Lafrenz a. a. O. S. 159; Wimmer a. a. O. S. 37; Ortmann a. a. O. S. 474/475; Regelsberger a. a. O. S. 3; Staudinger a. a. O. Bd. II S. 795 § 580, Note e; Exner a. a. O. S. 18; Schlotter a. a. O. S. 125; Jacoby a. a. O. S. 33 ff., Cohn a. a. O. I S. 244 ff., ERG. Bd. 33 S. 46; Niendorf a. a. O. S. 2; Mittelstein a. a. O. S. 40; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 586 § 808 Note II, 5, in Verb. m. S. 680 § 857, Note II, 8; Pinner a. a. O. S. 65 (für das Gemeine u. Preuß. Recht). Z. T. bezeichnen die Angef. das Verhältnis nicht als reinen, sondern als gemischten Mietvertrag.

der Raumgewährung an den Kunden gruppieren sich ihrer Meinung nach sämtliche Verpflichtungen der Bank zur Bewachung, Legitimationsprüfung usw., die aber als Nebenverpflichtungen für die Natur des Vertrages nicht charakteristisch sein können.

Man wird aber die Annahme eines Mietvertrages ablehnen müssen, denn einmal reichen die Voraussetzungen, von denen ihre Vertreter ausgehen, nicht aus und andererseits sind sie auch nicht richtig. Im einzelnen ist folgendes zu sagen:

Die von den Banken gewählte Bezeichnung kann, das geben auch die Gegner zumeist selbst zu, für die rechtliche Qualifizierung des Vertrages nicht maßgebend sein[1]. Die Parteien können ein Verhältnis, das seiner Natur nach nicht Miete ist, nicht beliebig nur durch eine derartige Benennung in Miete verwandeln[2]. Auch steht es ihnen jederzeit frei, das Verhältnis Verwahrung, die Bank Verwahrer, die Vergütung, Verwahrungsvergütung zu nennen, ohne daß dadurch die rechtliche Natur des bestehenden Vertrages irgendwie geändert werden könnte[3].

Ja, aber die Parteien haben mit der Bezeichnung gerade bekunden wollen, daß sie die Absicht hatten, einen Mietvertrag und nicht z. B. einen Verwahrungsvertrag zu schließen und diese Parteiabsicht ist maßgebend, wenden die Gegner ein. Das ist nicht richtig. Die Bank hat die Bedingungen in der Regel durch ihren juristischen Beirat herstellen lassen oder auf diese Weise entstandene Bedingungen anderer Banken übernommen. Hierbei ist es möglich, was Vertreter der Mietvertragstheorie[4]

---

[1] A. A. Brückner a. a. O. S. 252; Marcus a. a. O. S. 252; Mittelstein a. a. O. S. 40, die besonders Wert auf diese Bezeichnung als auf die Willensmeinung der Parteien legen und ihr ein Argument zu Gunsten der Miete entnehmen.

[2] Unverständlich ist der Einwand Lehmann Rings (a. a. O. S. 306) gegen die Miete: „Sollte nur Vermietung des Raumes gemeint sein, so muß dies klarer ausgedrückt werden".

[3] So gibt z. B. Wettstein a. a. O. in der Annexe S. I als „Bestimmungen über die Verwahrung von Wertsachen in den eisernen Schrankfächern in der Stahlkammer der schweizerischen Bundesbank in Bern" wieder: 1. der Hinterleger hat ein Schrankfach zu mieten, worauf . . . . 2. die Vergütung für die Verwahrung, worin der Mietpreis des Schrankfachs inbegriffen ist . . . . usw.

[4] Siehe Wimmer a. a. O. S. 28.

annehmen, daß sie ihres Vorteils willen den Vertrag absichtlich als Miete bezeichnet hat, um sich von der ihr durch einen Verwahrungsvertrag auferlegten schärferen Haftbarkeit[1] zu befreien. Von einer auf Miete gerichteten Absicht der Bank ließe sich also sprechen. Wie steht es aber mit einer Absicht des Kunden? Dieser bekommt von der Bank ein gedrucktes Formular vorgelegt, er liest dasselbe durch, entnimmt daraus die ihm aus dem Vertrage erwachsenden Rechte und Pflichten und geht schließlich auf Grund der Bestimmungen den Schrankfachvertrag ein. Darauf, daß die Bank diesen als Miete bezeichnet hat, legt er kein Gewicht; sie hätte ihn ebensogut Verwahrung nennen können. Er hält sich nur an die im einzelnen bezeichneten Rechte und Verpflichtungen. Wie sich der Vertrag juristisch qualifiziert, ist ihm völlig gleichgültig. Dadurch, daß er das Formular der Bank unterschreibt, bekundet er also keineswegs seine Absicht, das Verhältnis als Miete ansehen zu wollen; er hat ja auch gar nicht die vielleicht für die Bank maßgebenden Beweggründe[2]. Wenn man aber der Parteiabsicht einen solchen Einfluß auf den Rechtscharakter eines Vertrages einräumen will, so muß die Absicht beider Vertragsteile zweifellos sein.

Aber selbst wenn man dieses für unseren Fall auch annehmen wollte, könnte man daraus kein Beweismittel für den Mietvertrag herleiten. Allerdings kann und muß die Parteiabsicht für die rechtliche Natur eines Vertrages mitunter maßgebend sein, z. B. in allen den Fällen, in denen die Kontrahenten, ohne sich über Rechte und Pflichten im einzelnen zu verständigen, sich lediglich mit der gesetzlichen Bezeichnung des Vertrages begnügen oder auch noch davon Abstand nehmen. Denn dann ist die Parteiabsicht das einzige Mittel, um die Frage zu beantworten, welche Rechte und Pflichten sich aus dem Verhältnis ergeben[3]. Haben aber die Kontrahenten, wie das auch bei dem Schrank-

[1] Nämlich eine Haftbarkeit für den Fachinhalt selbst.

[2] Allerdings kann er später nicht etwa geltend machen, er habe die Haftung der Bank für eine weitergehende gehalten, als der Wortlaut der Bestimmungen ergebe (so Wimmer a. a. O. S. 28) aber nicht, weil diese das Verhältnis als Miete bezeichnen, sondern weil sie die Haftung der Bank ganz zweifelsfrei dartun.

[3] Es werden dies nämlich die vom Gesetz für den von den Parteien beabsichtigten Vertrag festgesetzten Rechte und Pflichten sein.

fachvertrag der Fall ist, die Rechte und Pflichten des Vertrages im einzelnen festgesetzt und damit die wesentlichen Bestandteile desselben normiert, so kann ihre etwa auf Miete gerichtete Absicht[1] aus dem Verhältnis nicht einen Mietsvertrag machen, wenn z. B. die wesentlichen Bestandteile eines Verwahrungsvertrages vorliegen. In solchem Fall kann also von einer maßgebenden Rolle der Parteiabsicht nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig ist der von den Parteien durch Eingehung des Schrankfachvertrages allgemein gewollte Erfolg, nämlich die Sicherung der Wertpapiere des Kunden, für die rechtliche Beurteilung des Vertrages unmittelbar maßgebend, sobald dieser Erfolg nicht etwa allein durch ein bestimmtes Rechtsverhältnis zu erreichen ist. Davon kann natürlich nicht die Rede sein, denn wie der Streit der Meinungen schon ergibt, kann die Sicherung der Wertpapiere des Kunden auf verschiedene Weise geschehen. Auch daß die inneren Beweggründe der Parteien, welche sie, um einen solchen Erfolg zu erreichen, zur Eingehung gerade eines Schrankfachvertrages veranlassen, auf den Mietvertrag hinweisen, wie Jacoby[2] ausführt, nehme ich nicht an. Es mag richtig sein, daß das Vertrauen des Kunden zur Solidität der Stahlkammer ein sehr großes ist, vielleicht größer als das zur Person des Bankiers. Aber ein gut Teil seines Vertrauens ist auch in dem Ruf des Bankgeschäftes und damit in dem Ruf des Inhabers, des Bankiers begründet. Dem Mieter freilich kommt es in erster Linie auf die gemietete Sache und nicht auf den Vermieter an, dem Kunden aber ist es ganz sicherlich nicht gleichgültig, wessen Stahlkammer er zur Sicherung seiner Papiere benutzt, wenn alle ihm zur Verfügung stehenden gleich diebes- und feuersicher sind. Denn was nützt eine durchaus sicher hergestellte und erhaltene Kammer, wenn sie nicht ständig bewacht wird? Sie wird dem Dieb, welchem ebenfalls die neuesten Erfahrungen moderner Technik zu Gebote stehen, keinen Widerstand leisten können. Eher ist wohl anzunehmen, daß der Kunde auch der widerstandsfähigsten Kammer eine minder sichere vorziehen wird, sobald er dem Inhaber dieser eine bessere Erfüllung seiner Obhutspflicht zutraut als jenem. Umgekehrt ist das Ver-

[1] Ebensowenig wie eine bloße Bezeichnung.

[2] a. a. O. S. 33 f.

trauen der Bank in die Person des Kunden ein ganz anderes wie das des Vermieters in die Person des Mieters. Freilich wird der Hauseigener nicht jeden Beliebigen in seinem Hause aufnehmen. Aber wann wird er jemals derartig genaue und ins einzelne gehende Erkundigungen über den Mieter, seinen Ruf, seine Kreditfähigkeit usw. einfordern, wie dies der Bankier bei einem Safekunden zu tun pflegt?

Nun ist allerdings allem Anschein nach die Verpflichtung des Bankiers dem Kunden gegen Entgelt ein Schrankfach zur Einlage seiner Wertgegenstände zur Verfügung zu stellen, nichts anderes als die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter gegen Entgelt den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren. Aber die Verpflichtungen sind auch nur scheinbar gleiche.

Nicht schon deswegen kann man eine Vermieterpflicht ablehnen, weil der Bankier dem Kunden das Schrankfach nicht übergibt. Allerdings wird in den meisten Fällen die Gebrauchsgewährung der vermieteten Sache ihre Übergabe erforderlich machen, aber § 535 BGB. umfaßt auch eine Gebrauchsgewährung ohne Übergabe. Nach den Motiven[1] sollte gerade der Ausdruck „gewähren" eine derartig weite Ausdehnung des Mietvertrages ermöglichen. Aus diesem Grunde steht der „Gewährungspflicht" des Bankiers und damit der Annahme eines Mietsvertrages der Mitverschluß der Bank nicht entgegen[2]. Kommen doch auch andere Rechtsverhältnisse vor, in denen die dem einen überlassene Sache unter dem gemeinsamen Verschluß beider Parteien, ja sogar unter dem alleinigen Verschluß des anderen Teils steht, und die doch ohne Zweifel reine Mietverträge des Bürgerlichen Gesetzbuches sind. Wilutzki[3] führt zum Beweise einen Mietsvertrag über eine Wohnung an, in dem der Hauseigentümer statt dem Mieter einen Hausschlüssel zu geben, sich dazu verpflichtet, jedesmal die Haustür selbst zu öffnen oder öffnen zu lassen. Man denke weiter an einen vom Eigentümer verschlossen gehaltenen Park, den ich für einen täglichen Spaziergang gemietet habe und den mir der Vermieter jedesmal öffnen muß.

[1] Bd. II S. 370.

[2] Besonders Wilutzki a. a. O. S. 294; Wimmer a. a. O. S. 31.

[3] a. a. O. S. 294 ff.

Auch die Beschränkung des Kunden im Gebrauch der Stahlkammereinrichtung auf die bestimmten Dienststunden schließt einen Mietvertrag nicht aus[1], denn einmal ist der Gebrauch des Faches durch den Kunden während der Nichtgeschäftszeit garnicht aufgehoben. Dem Kunden ist nur die Möglichkeit entzogen, zu seinen Papieren gelangen zu können; sein Fach aber gebraucht er auch dadurch, daß er, ohne Öffnung zu verlangen, seine Sachen in demselben lagern läßt. Ferner aber lassen sich ganz allgemein Mietverhältnisse unter derartiger zeitlicher Beschränkung denken: Ich miete mir z. B. einen Spielplatz für den Sommer zum alleinigen Gebrauch; der Platz steht unter dem Verschluß eines — nicht in der Nähe wohnenden — Aufsehers; ich werde es mir gefallen lassen müssen, wenn mir der Eintritt zur Nachtzeit, ein mir gerade beliebiger Gebrauch der gemieteten Sache während der Mietszeit unmöglich gemacht wird, dadurch, daß der Aufseher nicht öffnet, selbst wenn im Vertrage nicht einmal der Gebrauch auf die bestimmten Spielstunden beschränkt worden ist.

Aber etwas anderes ist es, was sich mit der Annahme eines Mietsvertrages schwer vereinigen läßt. Der Bankier ist berechtigt, ja mitunter sogar verpflichtet, dem Kunden oder dessen Stellvertreter bei nicht ausreichender Legitimation den Eintritt in die Stahlkammer, und damit auch die Öffnung des überlassenen Fachs — den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietszeit selbst innerhalb der vertraglich bedungenen Geschäftsstunden — zu verweigern. Ja mitunter erfolgt diese Weigerung auch einem legitimierten Kunden gegenüber mit voller Berechtigung, der Bankier braucht nur begründeten Argwohn gegen ihn zu hegen[2]. Und dieses auch dann, wenn der Kunde

---

[1] Ausdrücklich: Brückner a. a. O. S. 252; Dorn S. 5; Hertel S. 53; Wimmer a. a. O. S. 295; Cohn a. a. O. I S. 245; Jacoby a. a. O. S. 38.

[2] Die Verpflichtung des Bankiers, auch einem legitimierten Kunden gegebenenfalles den Eintritt zu verweigern, ist ein Ausfluß seiner custodia-Pflicht seinen anderen Stahlkammerkunden gegenüber. Vgl. Ratzenhofer a. a. O. S. 365; Düringer a. a. O. I S. 67; Wimmer a. a. O. S. 35. Freilich ist es nicht richtig, was Korn a. a. O. S. 508 behauptet, daß es ganz in das Belieben des Bankiers gestellt ist, den Kunden einzulassen oder nicht.

mit den lautersten Absichten die Erfüllung seiner Vertragsrechte fordert. Der Mitverschluß der Bank gleicht keineswegs dem Mitverschluß jenes Hauseigentümers, welchem man wohl kaum ein derartiges Recht — von einer Pflicht ganz abgesehen, einräumen würde. „Er — der Bankier — hat die raffiniertesten menschlichen Erfindungen zu Hilfe gerufen, welche mich beständig am Zutritt verhindern können. Ist das der Gebrauch, dessen Gewährung während der Mietszeit mir das BGB. im § 535 verheißt?“[1].

Die beiden Verpflichtungen sind also nicht die gleichen. Die Pflicht des Bankiers zur Überlassung des Schrankfachs an den Kunden ist nicht die im § 535 BGB. für den Vermieter aufgestellte Pflicht, dem Mieter „den Gebrauch der vermieteten Sache zu gewähren“. Schon darum entfällt die Annahme, der Fachvertrag sei ein Mietvertrag.

Aber auch wenn man die Voraussetzungen der Gegner, daß die Verpflichtung des Bankiers zur Überlassung des Schrankfachs die Vermieterpflicht aus § 535 BGB. sei[2], für richtig hält, ist damit noch nicht bewiesen, daß nun auch das sie erzeugende Verhältnis ein Mietvertrag sei. Der Schrankfachvertrag ist vielmehr auch dann nur zum Mietvertrag zu stempeln, wenn der Schwerpunkt des Geschäftes auf den normalen Mietvertrag hinweist, d. h. wenn die als dem Mietvertrag eigentümlichen Verpflichtungen der Parteien die Hauptverpflichtungen alle anderen nur Nebenverpflichtungen des Vertrages sind.

Nun verpflichtet sich der Bankier außer zur Gewährung eines diebes- und feuersicheren Faches auch noch zu sorgfältigster

---

[1] Wilutzki a. a. O. S. 294.

[2] Die Verpflichtung des Kunden zur Entrichtung des bedungenen Entgelts für eine Mietervpflicht aus § 535 Satz 2 zu erklären, dürfte keine Schwierigkeit bereiten. Wettstein a. a. O. S. 41; entnimmt allerdings aus der Höhe der Vergütung ein Argument gegen die Miete und für den Verwahrungsvertrag. Es ist ja richtig, daß der Kunde auch für die Bewachung der Kammer, nicht nur für die Überlassung des Raumes sein Entgelt bezahlt, aber dennoch ist auch als reiner Mietszins ein so hoher Preis für einen Raum von wenigen Kubikdezimetern nicht einfach wucherisch zu nennen, wenn die Höhe des Preises wie hier in der ganz besonderen Beschaffenheit des Raumes begründet ist. Gegen Wettstein auch Wimmer a. a. O. S. 33; Korn a. a. O. S. 508; Jacoby a. a. O. S. 36; Heinrich Wolff a. a. O. S. 48.

Bewachung der Stahlkammer und ihrer Einrichtung[1]. Nicht wird etwa damit nur die Tätigkeit des Bankiers beschrieben, die er gemäß § 536 BGB. auszuüben habe, um seiner Verpflichtung nachzukommen, einen diebessicheren Raum zu gewähren und den Raum während der Mietszeit in diesem Zustand zu erhalten, was Wimmer[2] annimmt. Die Bedeutung der Obhutspflicht der Bank wird damit gewaltig unterschätzt. Ebenso wie die Feuersicherheit läßt sich auch die Diebessicherheit in den Grenzen des jeweiligen Standes der Technik garantieren. Werden doch allenthalben Schlösser in den Handel gebracht, welche die Bezeichnung diebessicher führen. Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß diese Schlösser eine Öffnung durch Diebeshand unmöglich machen, aber sie sollen dafür Garantie leisten, daß nach dem heutigen Stand der Technik eine gewaltsame Öffnung der Schlösser in jeder Richtung möglichst erschwert ist. Ebenso ist die Versicherung des Bankiers, daß er eine diebessichere Kammer zur Verfügung stelle, dahin aufzufassen, daß diese Kammer nach den neuesten Errungenschaften moderner Technik einer gewaltsamen Öffnung durch Diebeshand den möglichsten Widerstand entgegenzusetzen, geeignet ist. Die Zusicherung eines diebessicheren Raumes ist entgegen Wimmer also sehr wohl denkbar, ohne eine positive Tätigkeit des Bankiers. Denn würde es den Verkäufern diebessicherer Schlösser etwa einfallen, mit dem Verkauf auch eine Pflicht zu positiver Bewachungstätigkeit zu übernehmen?

Eine solche wird vielmehr neben der Verpflichtung zur Gewährung eines Schrankfaches übernommen. Ohne weiteres steht sie nun der Annahme eines Mietverhältnisses nicht entgegen. Häufig kommt es vor, daß der Vermieter sich zur Bewachung der vermieteten Sache verpflichtet[3]. Aber stets handelt es sich, wenn nicht etwa ein zweiter Vertrag vorliegt, um eine Nebenverpflichtung des Vermieters, die den Mieter nur nebenbei, nicht aber in erster Linie zum Abschluß des Mietvertrages be-

[1] Der Bankier übernimmt allerdings noch andere Verpflichtungen, aber nur diese kann hier in Betracht kommen.

[2] a. a. O. S. 34.

[3] Oertmann a. a. O. S. 474 weist auf die großstädtischen Miethäuser und ihre Portiers hin.

stimmt hat. Immer kommt es den Parteien vor allem auf Raumgewährung und nicht auf Bewachung des Raumes an.

Dies ist aber bei dem Schrankfachvertrage nicht mehr der Fall. Hier kommt es den Parteien umgekehrt in erster Linie nicht auf Raumgewährung, sondern auf die Bewachung des Raumes an. Hier ist die Obhutspflicht des Bankiers nicht bloß graduell anders, wie auch sonst bei der Miete, hier wird sie vielmehr zur Hauptverpflichtung des Vertrages. Sie ist die für das Verhältnis charakteristische Verpflichtung der Bank und nicht, wie die Anhänger der Mietvertragstheorie behaupten, eine bloße Nebenverpflichtung, die für seine rechtliche Beurteilung nicht maßgebend sei. Nichtgewährung eines Raumes, sondern Gewährung „von Sicherheit", wie Wettstein[1] sagt, ist es, was der Kunde von der Bank verlangt. Er, der an Stelle des früher zu demselben Zweck benützten verschlossenen Depots, seine Wertsachen in ein ihm von der Bank zur Verfügung gestelltes Stahlkammerfach einlegt, will, daß damit der gleiche Zweck erreicht wird, wie durch das Depositum, nämlich eine sichere Aufbewahrung. Nur aus Nebengründen wählt er den Schrankfachvertrag und nicht das verschlossene Depot, weil jener ihm größere Bequemlichkeit bei der Veränderung des Eingelegten und auch der Bank gegenüber größere Sicherheit bietet. Und ebenso die Bank will in erster Linie Sicherheit gewähren. Sie will mit dem Schrankfachvertrag dem Kunden das Gleiche bieten, wie mit dem verschlossenen Depot. Dies könnte sie wohl ohne Rücksicht auf den Zustand und die Sicherheit der Kammer durch eine bis ins Kleinste überaus sorgfältige Bewachung derselben erreichen, aber nicht ohne eine solche Bewachung bei einer auch nach den neuesten Erfahrungen der Technik gebauten Kammer. Denn wie schon oben erwähnt, bietet auch eine solche Kammer für Diebe kein unüberwindliches Hindernis, wenn es diesen erst möglich wird, unbeobachtet an sie zu gelangen. Deswegen legen die Bedingungen gerade auf die Verpflichtung der Bank zur Bewachung der Kammer ein so großes Gewicht.

Wenn aber von den beiden Verpflichtungen, durch deren Erfüllung die Bank den Zweck des Vertrages, die Sicherung

[1] a. a. O. S. 40.

der Wertpapiere des Kunden erreicht, die Pflicht zur Gewährung eines sicheren Schrankfachs, hinter der Pflicht zur Bewachung der Stahlkammer als eine Nebenverpflichtung zurücktritt, so kann jene unmöglich als die für das Verhältnis charakteristische Verpflichtung angesehen werden. Damit entfällt wiederum die Möglichkeit, den Schrankfachvertrag als einen Mietvertrag anzusehen.

Um die Ablehnung eines Mietvertrages noch zu stützen, soll weiter auf den unter seinen Anhängern herrschenden Streit über die Frage, ob hier Sachmiete oder Raummiete vorliege, eingegangen werden. Die Antwort auf diese Frage ist nämlich nicht unwichtig mit Rücksicht auf die §§ 580, 551 Abs. 2, 565, 566 BGB., auch auf die gegebenenfalls vom Bankier zu fordernden verstempelten Mietsverzeichnisse[1]. Die meisten Vertreter der Mietvertragstheorie[2] nehmen in allen Fällen Raummiete an, meist ohne diese Annahme näher zu begründen. Wilutzki[3] ist der Meinung, daß die auf Gewährung eines vertragsmäßig an seiner Stelle unbeweglich verbleibenden Raumes gerichtete Absicht der Vertragsteile auch den beweglichen Stahlschrank zu einem unbeweglichen macht und nimmt ebenfalls in beiden Fällen Raummiete an. Dem tritt aber Wettstein[4] entgegen mit dem Bemerken, daß man nicht durch Vertrag aus einer unbeweglichen einfach eine bewegliche Sache machen könnte; seiner Meinung nach liegt daher bei unbeweglichen Schränken Raummiete, sonst Sachmiete vor, da die beweglichen Schränke nicht einmal Pertinenz der Stahlkammer seien.

Andere[5] treten Wettstein im Ergebnis bei, erklären aber die beweglichen Schränke für Zubehör, die unbeweglichen für wesentliche Bestandteile des Bankgebäudes. Jacoby[6] und Mittel-

[1] S. Hancke a. a. O. S. 389. Allerdings dürfte diese Frage nur in den seltensten Fällen praktisch werden, da der Mietszins 300 Mark jährlich übersteigen müßte. S. Niendorf a. a. O. S. 71.

[2] So Brückner a. a. O. S. 252; Lehmann a. a. O. S. 769, Nr. 1; Gumbel a. a. O. S. 5; Marcus a. a. O. S 252; Exner a. a. O. S. 18.

[3] a. a. O. S. 295.

[4] a. a. O. S. 23.

[5] So Hancke a. a. O. S. 389; Korn a. a. O. S. 507; Wimmer a. a. O. S. 24.

[6] a. a. O. S. 39 ff.

stein[1] dagegen nehmen in jedem Fall Sachmiete an, mit der Begründung, daß es sich bei Vermietnng des Fachs in einem unbeweglichen Schrank um Vermietung nicht eines Raumes, sondern eines Behältnisses handelt, daß also in diesem Fall für den Mietvertrag von einer Anwendung des § 580 BGB. und der Vorschriften über die Vermietung von Grundstücken garnicht die Rede sein könne.

So bestechend die Darlegung Jacobys ist, da sie wie keine andere über die Schwierigkeit hinweghilft, so steheu ihr doch Bedenken entgegen. Zuzustimmen ist ihm, daß der eingemauerte Safe ein wesentlicher Bestandteil der Stahlkammer, der nicht eingemanerte ein Zubehörstück derselben ist. Dies ergeben die Definitionen in §§ 93 und 97 BGB. und ihre Anwendung auf den Fachvertrag. Es ist weiter wichtig, daß er mit der herrschenden Meinung unter „Räumen" nur Immobiliarräume versteht, aber die Anwendung des § 580 BGB. nur auf wohnungsähnliche Räume zu beschränken, bloße Behältnisse wie das Stahlkammerfach eins sei, dagegen davon auszuschließen, erscheint kaum möglich. Wo soll da der Unterschied zwischen Behältnis und Raum liegen? Ist zum Beispiel eine kleine wenige Dezimeter hohe „Kammer", nur zur Aufbewahrung von Speisen bestimmt, ein Raum oder ein Behältnis? Niemand wird in ihr eine Ähnlichkeit mit einem Wohnraum erblicken, und doch wird die Anschauung des Verkehrs sie unter die „anderen Räume" rechnen.

Mit der herrschenden Meinung wird also das Schrankfach als ein „Raum" im Sinne des § 580 BGB. anzusehen sein. Seine verhältnismäßige Kleinheit steht dieser Annahme nicht entgegen. Dadurch wird aber die Folgerung Jacobys, in der Vermietung von Schrankfächern liege stets Sachmiete vor, unhaltbar. Ebenso ist freilich nicht angängig, bei dem unbeweglichen Schrank von Raummiete zu sprechen. Die richtige Ansicht wäre also wohl die, welche bei eingemauerten Schränken Raummiete, bei freistehenden Sachmiete annimmt. Aber ganz abgesehen davon, welche von den angeführten Ansichten den Vorzug vor den anderen verdient, soll hier nur mit Hancke[2] aus dem

[1] a. a. O. S. 16.

[2] a. a. O. S. 389.

Streit ein Argument gegen die Auffassung des Schrankfachvertrages als eines Mietvertrages genommen werden. Denn es erscheint völlig ausgeschlossen, die Safeverträge rechtlich verschieden zu beurteilen, weil in dem einen Fall der Schrank eingemauert ist, in dem anderen Fall freisteht, aber durch seine eigene Schwere und Unhandlichkeit wirtschaftlich genau das Gleiche darstellt, wie der eingemauerte, und doch würde wohl das Gesetz dazu zwingen, solche Unterschiede zu machen.

Wie aber steht es nun mit der Annahme, der Schrankfachvertrag sei ein Verwahrungsvertrag, auf welche der Zweck der Parteien, die Sicherung von Wertpapieren und die Hauptverpflichtung der Bank zur Bewachung der Kammer usw. hinweist? Die Vertreter dieser Annahme[1] gehen vielfach von der geschichtlichen Entwickelung des Fachvertrages aus dem Depositum aus und begründen übereinstimmend ihre Ansicht damit, daß der Vertragswille der Parteien, der für die rechtliche Natur des Vertrages maßgebend sei, darauf abziele, die Bank zu verpflichten, für die Sicherheit der Illaten des Kunden Sorge zu tragen, mag auch in den Vertragsbedingungen von Miete die Rede sein. Die Bank verspricht custodia; das ist ihre Hauptverpflichtung, um die sich alle anderen Verpflichtungen gruppieren, für die der Kunde seine Vergütung entrichtet. Diese custodia-Pflicht ist aber die im § 688 BGB. für den Verwahrer gegebene, die für einen Verwahrungsvertrag charakteristische Verpflichtung, folglich ist der Schrankfachvertrag ein Verwahrungsvertrag, wenn er auch manche Nebenabreden enthalten mag.

Die geschichtliche Entwickelung des Vertrages kann für seine Auffassung als Depositum nicht maßgebend sein. Denn stets sind Rechtsverhältnisse durch moderne wirtschaftliche Einflüsse aus einer Vertragsart in eine andere übergegangen[2], ebensowenig

[1] Für Verwahrung entscheiden sich: Hancke a. a. O. S. 389; Düringer a. a. O. I S. 66; Cosack a. a. O. II, S. 512; Dernburg a. a. O. I. Bd. II, 2 S. 521 § 352, VI; Staub a. a. O., 8. Aufl. S. 1842; Lehmann a. a. O. S. 768; Lehmann-Ring a. a. O. Bd. II, 2 S. 306; Crome a. a. O. Bd. II, 2 S. 741; Dorn a. a. O. S. 28; Bernt a. a. O. S. 44; Rießer a. a. O. S. 16; teilweise nehmen die Angeführten einen Verwahrungsvertrag mit besonderen Eigentümlichkeiten oder besonderen Nebenbedingungen an.

[2] Vgl. Wettstein a. a. O. S. 29 Nr. 2, der an die römische servitus habitationis und an die moderne Wohnungsmiete erinnert.

wie bei der Miete kann auch eine etwa auf Verwahrung gerichtete Absicht der Parteien den Vertrag zum Verwahrungsvertrag machen, wenn dessen rechtliche Bestandteile nicht vorhanden sind und endlich bestimmt auch hier der Vertragszweck nicht unmittelbar den Charakter des Vertrages, denn wenn auch dieser die Sicherung der Wertpapiere des Kunden ist, muß darum der Fachvertrag Depot sein? Läßt sich nicht auch ein anderer Vertrag denken, welcher den erhofften Erfolg in gleicher Weise erreicht wie die Verwahrung? Es sei hier nur an die Mietsvertragstheorie erinnert, die diesen Zweck auf ganz andere Weise verwirklicht wissen will.

Enthält nun aber der Fachvertrag die wesentlichen Kennzeichen der Verwahrung? Die Bank verpflichtet sich, während der Dauer der Vertragszeit auf die Bewachung und Sicherung der Kammer und ihrer Einrichtungen, insbesondere auch der Verschlüsse die größte Sorgfalt zu verwenden[1], sie verpflichtet sich aber niemals dazu, die Wertpapiere des Kunden zu bewachen und zu sichern. In keinem einzigen Formular der Deutschen Banken, befindet sich ein Hinweis darauf, daß sie eine derartige Obhutspflicht übernehme. Der Verwahrer aber ist verpflichtet, eine Sache aufzubewahren, d. h. für die Bewachung und Sicherung derselben zu sorgen. Der Bankier hat seiner Bewachungspflicht zu genügen, ganz gleichgültig, ob in dem Stahlkammerfach Sachen des Kunden liegen oder nicht, der Verwahrer aber hat nur das Depot zu bewachen, solange es sich in seinen Händen befindet. Die beiden Pflichten betreffen also ganz verschiedene Objekte[2], die eine das Fach, die andere die deponierten Gegenstände, sie sind darum schon durchaus verschieden.

Aber die Pflicht des Bankiers ist auch ihrem Inhalt nach teilweise weniger teilweise mehr als die des Verwahrers. Das „Aufbewahren" des letzteren setzt nach allgemeiner Anschauung

---

[1] Es ist richtig, wenn Gumbel (a. a. O. S. 6), trotzdem die Bedingungen der Banken von der Bewachung teils nur der Kammer, teils der Kammer, Schränke und Fächer sprechen, eine Verschiedenheit der custodia-Pflicht der Bank verneint. Diese erstrekt sich in jedem Fall auf die ganze Einrichtung, auf alles das, was die Bank dem Kunden zur Verfügung stellt.

[2] Siehe Cohn a. a. O. I S. 247.

eine gewisse Tätigkeit desselben voraus; es genügt nicht, wenn er eine fremde Sache in seinem Hause duldet und dadurch ihre Sicherheit ermöglicht[1]. Welcher Art diese Tätigkeit sein muß, das ist stets nach Treu und Glauben zu beurteilen[2]. In jedem Fall aber muß sie sich auf die verwahrten Gegenstände selbst beziehen. Eine solche Tätigkeit kann aber hier die Bank gar nicht ausüben; denn die Unzugänglichkeit des Faches schließt für sie die Möglichkeit aus. Sie garantiert vielmehr nur für die Solidarität ihrer Anlage und verpflichtet sich, diese zu bewachen und für deren Sicherheit zu sorgen; sie überläßt es dem Kunden, seine Wertgegenstände durch Einlegen in die Kammer selbst dieser Sicherheit teilhaftig zu machen. Sie duldet dieselben nur in ihren Räumen. Andererseits ist die custodia-Pflicht der Banken eine viel umfangreichere als die des Verwahrers, denn jene erstreckt sich auch darauf, von anderen Kammerbesuchern vor der Öffnung die vertraglich bedungene Legitimation zu fordern, sie umfaßt weiter auch die Verpflichtung, anderen Kunden den Eintritt in die Kammer nur in Begleitung eines Bankbeamten zu gestatten, wenn sie sich dazu verpflichtet hat. Sie umfaßt aber überhaupt alle Handlungen, welche mit der Öffnung und dem Gebrauch der Kammer in Verbindung stehen; sie kann ihre custodia-Pflicht sogar verletzen, auch wenn sie dabei die vertraglich festgesetzten Vorschriften genau befolgt[3].

Damit aber, daß die Bank die Kammer und ihre Einrichtungen bewacht, bewacht sie auch die darin befindlichen Gegenstände, so behaupten die Gegner[4]. Dies ist aber eine Verwechslung von Mittel und Erfolg. Letzterer freilich ist der gleiche, mag man die Kammer bewachen oder unmittelbar die Gegenstände; aber er wird eben in beiden Fällen durch ver-

[1] Siehe Danz a. a. O. S. 478.

[2] Dernburg a. a. O. I Bd. II, 2 S. 590 § 350 I, 2; Planck Bd. II S. 701 § 688 Nr. 3a; Staudinger a. a. O. Bd. II, 2 S. 1087 § 688 Anm. 3a.

[3] Dies ist z. B. der Fall, wenn die Bank einem Beauftragten des Kunden den Eintritt in die Kammer usw. nicht versagt, der sich zwar gehörig legitimiert, von dem sie aber Kenntnis erhalten hat, daß seine Entlassung wegen Untreue gegen seinen Chef bevorsteht. S. Wimmer a. a. O. S. 35 und Düringer a. a. O. I S. 67.

[4] S. Gumbel a. a. O. S. 7.

schiedene Mittel herbeigeführt. Eine custodia-Pflicht bezüglich der Wertpapiere aus der custodia-Pflicht bezüglich der Stahlkammer zu folgern[1], ist also nicht richtig[2]. Schon deswegen erscheint es bedenklich, an der Annahme eines Verwahrungsvertrages festzuhalten.

Doch weiter! § 688 BGB. legt dem Verwahrer die Pflicht auf, eine ihm übergebene Sache aufzubewahren. Ganz zweifellos kann darnach eine Aufbewahrung erst stattfinden, nachdem die Sache übergeben worden ist. So wird auch allgemein angenommen, daß die Übergabe der Aufbewahrung vorhergehen müsse. Entsteht aber darum die Verpflichtung des Verwahrers zur Aufbewahrung erst mit der Übergabe oder kann diese der Entstehung der Verpflichtung und damit dem Abschluß des Vertrages nachfolgen?

Die Antwort auf diese Frage wird verschieden ausfallen, je nachdem man den Verwahrungsvertrag als einen Realvertrag oder einen Konsensualvertrag ansieht. Im römischen Recht war das depositum Realkontrakt: Erst mit der Übergabe der res kam der Vertrag zustande. Waren vorher schon Verhandlungen gepflogen, Verpflichtungen eingegangen worden, so bildeten diese ein besonderes pactum de deponendo. Schon im Gemeinen Recht, in dem die Notwendigkeit der Form, der res, hinweggefallen war, hielt man nicht mehr allgemein an der realen Natur der Verwahrung fest. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff „Realkontrakt" nicht aufgenommen, es stellt die altrömischen Realkontrakte unterschiedslos unter die Konsensualkontrakte. Im heutigen Recht ist eine äußere Form zur Klagbarmachung der Verträge in der Regel ebenfalls nicht notwendig. Es hat sich daher in der Literatur eine Meinung gebildet[3], welche die Möglichkeit des Entstehens eines Verwahrungsvertrages bereits vor der Übergabe anerkennt, welche in dem Verwahrungsvertrag einen Konsensualvertrag erblickt. Dem-

[1] Dies tun Lehmann-Ring a. a. O. S. 306; Düringer a. a. O. II S. 45/46; Rießer a. a. O. S. 16/17; Wettstein a. a. O. S. 71; Gumbel a. a. O. 12.

[2] So Cohn S. 247.

[3] Statt aller: Cosack a. a. O. I §§ 141, III 154, III S. 498 u. 552.

gegenüber halten die Vertreter der herrschenden Meinung[1] an der realen Natur des Verwahrungsvertrages fest und folgern teils aus der Natur der Verwahrung, teils aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß die Übergabe der zu verwahrenden Sache bereits bei Abschluß des Vertrages erfolgen müsse, und daß vor der Übergabe keine Verwahrungsverpflichtung, also auch kein Verwahrungsvertrag bestände.

Sieht man nun mit Cosack in dem Verwahrungsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches einen Konsensualkontrakt, so werden allerdings der Unterordnung des Fachvertrages unter den Typus des Verwahrungsvertrages in dieser Hinsicht keine Schwierigkeiten entstehen. Anders aber, wenn man sich in dieser Frage der herrschenden Meinung anschließt; und man wird dies gerade mit Rücksicht auf unseren Schrankfachvertrag tun müssen, bei dem in der Regel das „Mieten" des Faches dem Einlegen der Sachen, „der Übergabe" vorangehen wird. Denn hier ist der Fall nicht so fernliegend, daß der Kunde ein Fach „mietet", das Vertragsverhältnis aber — vielleicht durch Tod des Kunden — erlischt, noch ehe dieser irgend welche Gegenstände in das Fach eingelegt hat. Sollte dieser Vertrag, bei dem überhaupt niemals eine „Übergabe" stattgefunden hat, in der Tat ein Verwahrungsvertrag sein?

Nun helfen sich einzelne[2] Anhänger dieser Theorie demgegenüber mit der Annahme eines pactum de deponendo Wie oben bereits erwähnt, wurde ein solches im römischen Recht angenommen, wenn sich der spätere Depositar verpflichtet hatte, eine ihm erst in der Zukunft zu übergebende Sache zu verwahren. So soll denn auch das pactum de deponendo das depositum ablösen, sobald das Schrankfach leer steht. Nun

[1] Sohm a. a. O. § 79 S 375 Note 5; Windscheid a. a. O. Bd. II S. 601; Dernburg a. a. O. I § 349, III S. 589, a. a. O. II S. 21; Planck a. a. O. Bd. II S. 701; Danz a. a. O. S. 479; Mot. S. 569 f., Leske a. a. O. S. 282 Bd. I; Endemann a. a. O. Bd. I, 2 S. 1106 § 185; Crome a. a. O. Bd. II S. 742 § 275; Kuhlenbeck a. a. O. Vorbem. vor § 688 S. 562; Eck-Leonhard a. a. O. Bd. II S. 539; Bendix a. a. O. Bd. I S. 496; Matthiaß a. a. O. S. 613; Oertmann a. a. O. S. 736; Türcke-Niedenführ a. a. O. Bd. I S. 617 § 688 Note 2; Staudinger a. a. O. Bd. II, 2 S. 1086 § 688 Note 2d.

[2] So besonders Ratzenhofer a. a. O. S. 364.

ist es zwar heut noch möglich, von einem pactum de deponendo zu sprechen[1], dasselbe wird aber beendigt durch die Übergabe der Sache, indem es in ein wahres depositum verwandelt wird. Insoweit würde die Anwendung auf den Fachvertrag schließlich keine Schwierigkeiten machen. Wie nun aber, wenn der Kunde die Sachen wieder für Zeit aus dem Fach entfernt? Sollte etwa dann der Vorvertrag eines pactum de deponendo wieder das depositum ablösen? Dies könnte nur dadurch geschehen, daß jedesmal ein solcher Vorvertrag von neuem abgeschlossen würde, und wenn auch der Kunde während der Vertragszeit hundert mal das Fach leert. Davon aber kann keine Rede sein, auch nicht unter Zuhilfenahme einer stillschweigenden Willenserklärung der Parteien in jedem Falle[2]. Die Annahme eines pactum de deponendo wird daher andererseits durchweg zurückgewiesen[3].

Aber mag es auch dahingestellt bleiben, ob die herrschende Meinung mit Recht an der realen Natur des Depositums festhält, aus einem dritten Grund erscheint endlich die Annahme eines Verwahrungsvertrages unmöglich. Das Gesetz verpflichtet den Depositar zur Aufbewahrung nur einer übergebenen Sache. Diese Übergabe ist also für den Vertragscharakter bestimmend. Übergibt aber der Kunde dem Bankier seine Wertpapiere, indem er sie in das Fach einlegt?

Die Gegner der Verwahrungstheorie verneinen die Frage durchweg mit der Begründung: Der Bankier müßte die Gegenstände in Empfang nehmen, um selbst sie an einen geeigneten Ort unterzubringen, er müßte diesen nach Bedarf verändern können, er müßte vor allem das Depot kennen, er müßte wissen, was ihm übergeben worden ist, um danach den geeigneten Ort zur Aufbewahrung und das notwendige Maß von custodia zu ermessen. Alles dies sei aber bei dem Fachvertrag nicht der Fall.

[1] Es wird allgemein anerkannt und im Gegensatz zu dem als Realvertrag bezeichneten depositum gestellt. S. die oben S. 23 Note 2 d. A. Angeführten.

[2] Ratzenhofer a. a. O. S. 364 § 4 nimmt eine solche bei dem ersten Übergang des pactum de deponendo in das depositum an, indem er die Kasse selbst als Werkzeug des Kontrahenten zur Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen für befähigt hält.

[3] S. Jacoby a. a. O. S. 32.

Die angeführten Gründe sind jedoch nicht durchschlagend, einen überzeugenden Beweis dafür, daß der Kunde seine Gegenstände dem Bankier nicht übergibt, hat erst Gumbel[1] geführt, indem er unter Zugrundelegung dessen, was „Übergabe" ist, dazu kommt, ihr Vorliegen zu verneinen.

Zumeist wird der Begriff „Übergabe" bei der Verwahrung in der Literatur garnicht berührt; geschieht es doch, so wird dabei in der Regel[2] auf den bei der Lehre von der Tradition entwickelten Begriff „Übergabe" verwiesen. In beiden Fällen ist denn auch Übergabe das Gleiche, und zwar nach allgemeiner Anschauung[3] in erster Linie die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes an einer Sache zu Gunsten eines anderen, der dadurch den unmittelbaren Besitz daran erwirbt. Schlechthin spricht man auch von Übergabe als von jedem Besitzerwerb mit Zustimmung dessen, der den Besitz aufgibt. Dies ist, wie Gumbel näher ausführt, aber nicht ganz richtig. Denn die Einräumung eines Mitbesitzes, die sicherlich auch ein Besitzerwerb mit Zustimmung dessen, der den Besitz aufgibt, sein kann, ist nur dann eine Übergabe, wenn der den Besitz Übertragende aus dem Mitbesitz ausscheidet. Daher ist mit Wolff[4] die allgemeine Begriffsbestimmung dahin zu vervollständigen: Übergabe ist die Übertragung des Besitzes, den der Veräußerer hat; des Alleinbesitzes, wenn der Veräußerer Alleinbesitzer ist, des Mitbesitzes, der ihm neben einem Dritten zusteht.

Der Begriff der Übergabe ist darum ein weiterer, als der für die Übergabe des Art. 306 des alten Handelsgesetzbuches von der herrschenden Meinung[5] aufgestellte, nach der hierunter nur eine körperliche Übergabe zu verstehen war. Es ist darum

[1] a. a. O. S. 8.

[2] S. Oertmann a. a. O. S. 739 § 688 N. 3; Neumann a. a. O. I Bd. I S. 511 § 688, II, 3; Staudinger a. a. O. Bd. II, 2 S. 1086 § 688 Note 2 d; Fischer-Henle a. a. O. S. 344 § 866 N. 2.

[3] Biermann a. a. O. S. 135 § 929 N. 2; Cosack a. a. O. I Bd. II S. 116; Planck a. a. O. Bd. III S. 221 § 929 N. 2; Endemann a. a. O. Bd. II, 1 S. 90; Staudinger a. a. O. Bd. III S. 292 § 929 Note III; Neumann a. a. O. Bd. I S. 511 § 688 II, 3; Crome a. a. O. Bd. III S. 199 § 378, 2; Türcke-Niedenführ a. a. O. Bd. III S. 90 § 929 N. 9.

[4] Martin Wolff a. a. O. S. 187 ff.

[5] Staub a. a. O. 5. Aufl. S. 780 Art. 306 N. 2.

nicht richtig, wenn eine Inempfangnahme der Illaten durch den Bankier gefordert wird[1]. Eine Übergabe kann auch ohne jede Tätigkeit des Erwerbers erfolgen[2]. Man denke nur an den Fall, da mir jemand in meiner Abwesenheit eine Sache in von mir bewohnte Räume legt: Hier hat eine Übergabe stattgefunden, selbst wenn ich erst zurückkehre, nachdem der andere die Sache wieder abgeholt hat. Es ist darum weiter auch nicht notwendig[3], daß der Bankier Kenntnis von dem Inhalt des Tresors erhält, ja, daß er überhaupt weiß, ob der Kunde etwas in das Fach eingelegt hat oder nicht. Die Erlangung des Besitzes ohne Wissen von dem Eintritt der tatsächlichen Gewalt ist möglich[4]. Notwendig ist nur, daß der allgemeine Wille des Erwerbers dahin geht, an den einzelnen Gegenständen, die ohne seine Kenntnis in seinen Machtbereich gelangt sind, die tatsächliche Gewalt zu erlangen. Diesen allgemeinen Willen hat aber der Bankier, ebenso wie der Hauseigentümer, der an seinem Haus einen Briefkasten anbringt, damit ihm Zeitungen und Briefe auch in seiner Abwesenheit übergeben werden können.

Aber wird der Besitz, den der Kunde hat, der Bank übertragen? Vor der Einlage hatte der Kunde unmittelbaren Alleinbesitz an den Sachen, durch die Einlage erlangen Kunde und Bankier unmittelbaren Mitbesitz an denselben[5]. Der Kunde hat also durch die Einlage der Bank nicht den Besitz übertragen, welchen er vorher gehabt. Das Hineinlegen der Sachen in das Fach hat nicht die Folgen einer Übergabe, es ist keine Übergabe im Sinne des § 688. Wenn aber der Bankier die Sachen nicht übergeben erhält, dann wird er auch nicht gemäß § 688 BGB. verpflichtet, dann kann auch der Schrankfachvertrag kein Verwahrungsvertrag sein.

[1] Jacoby a. a. O. S. 29; Cohn a. a. O. I S. 247.

[2] Oertmann a. a. O. S. 739 § 688 N. 3 erwähnt ausdrücklich eine Übergabe durch **constitum possessorium.**

[3] A. A. Cohn a. a. O. I, S. 247.

[4] S. Gierke a. a. O. S. 229.

[5] Aus Gründen der Darstellung kann hier keine Erörterung über die Besitzverhältnisse beim Fachvertrag gegeben werden. Es genügt als Ergebnis eines späteren Teils der Darstellung unmittelbaren Mitbesitz des Kunden und der Bank am Fachinhalt anzunehmen.

Gumbel[1] erklärt nun, trotzdem er eine Übergabe leugnet, die Vorschriften des Verwahrungsvertrages auf den Schrankfachvertrag für anwendbar, indem er behauptet, daß eine Verwahrung ohne Übergabe nicht ausgeschlossen sei und daß eine solche hier vorliege. Diese Behauptung steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Gumbel wollte, wie er am Anfang seiner Erörterung angibt, nicht untersuchen, zu welcher Vertragsart der Schrankfachvertrag gehört, sondern welche Gesetzesbestimmungen auf ihn Anwendung finden. Er kann also die Vorschriften über die Verwahrung für anwendbar erklären, ohne in dem Schrankfachvertrag einen Verwahrungsvertrag zu sehen. Er nennt ihn vielmehr nur einen dem Depositum ähnlichen Vertrag. Die Richtigkeit dieser Behauptung mag dahingestellt bleiben; zweifellos — das ist bereits mehrfach erwähnt — hat er große Ähnlichkeit mit diesem Vertrage[2]. Hier genügt das Ergebnis, daß das Einlegen der Wertpapiere keine Übergabe, der Fachvertrag keine Verwahrung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist.

Eine dritte Meinung in der Literatur nimmt nun eine Kombination beider genannten Verträge an. Wettstein[3], der die Frage am eingehendsten behandelt, sieht in dem Fachvertrag einen Depotvertrag als Hauptverhältnis, mit dem Nebenverhältnis der Miete eines Schrankfachs; denn seiner Meinung nach ist die Hauptverpflichtung der Bank nicht Gewährung eines Raumes, sondern Gewährung von Sicherheit, die Bank hat Gewahrsam an Fach und Inhalt und letzterer, nicht das Fach ist Gegenstand des Vertrages, indes enthält der Vertrag auch die Begriffsmomente der Miete, aber nur zur Durchführung des Hauptvertrages[4]. Wilutzki[5] ist der Ansicht, das Geschäft liege in der Mitte zwischen den beiden Vertragsarten, berühre sich mit beiden, sei aber doch von ihnen mindestens durch eine eigentümliche Schattierung des Verhältnisses abgetrennt. Mit

[1] a. a. O. S. 13.

[2] M. E. ist der Fachvertrag einem Mietvertrag ähnlicher als einem Verwahrungsvertrag.

[3] a. a. O. S. 54.

[4] Ähnlich Heinrich Wolff a. a. O. S. 48.

[5] a. a. O. S. 295.

ihm nimmt auch Bondi[1] eine Kombination von beiden an und neigt dabei mehr nach dem Verwahrungsvertrag, Auf demselben Standpunkt stehen Marcus[2], Vogel[3] und Adler[4]. Letzterer findet jedoch, daß dies kombinierte Schuldverhältnis dem Mietvertrag näher liegt, als dem Verwahrungsvertrag.

Alle diese Ansichten haben das gemeinsam, daß sie in dem Schrankfachvertrag keinen Vertragstyp des Bürgerlichen Gesetzbuches finden. Denn ein aus zwei anderen kombinierter Vertrag ist eben keiner von beiden, sondern ein neuer dritter. Insoweit stimmen sie mit der hier vertretenen Ansicht überein. Im übrigen ist keiner der einzelnen Meinungen beizutreten. Allgemein stehen der Annahme eines aus Miete und Verwahrung kombinierten Vertrages, mag er auch einige Elemente von beiden enthalten, die Bedenken entgegen, die sich sowohl gegen die Miete als auch gegen die Verwahrung richten. Wo soll ferner die Grenze des einen Vertrages zu dem anderen liegen? Wie weit ist der Fachvertrag Depositum, wie weit Miete?[5]. Diese Frage ist damit nicht abgetan, daß man ihn in der Hauptsache für einen Verwahrungsvertrag oder einen Mietvertrag erklärt. Überdies verwechseln die Vertreter der Kombinationstheorie zumeist die Frage nach der Unterordnung des Fachvertrages unter eine Vertragsgattung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Frage, welche Gesetzesbestimmungen auf den Fachvertrag anzuwenden sind. Denn es können dies natürlich Bestimmungen aus der Miete und aus der Verwahrung sein, ohne daß es sich um einen Vertrag dieser Art handelt. Das Ergebnis der Untersuchung, ob und welches Vertragsverhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuches in dem Fachvertrag vorliegt, ist also ein negatives; daraus folgt, daß weder die Vorschriften des dritten Titels der Einzelnen Schuldverhältnisse, noch die des zwölften Titels, noch ein Teil aus diesem und ein Teil aus jenem Titel auf ihn unmittelbar anzuwenden sind. Es liegt vielmehr hier

[1] Bondi a. a. O. S. 12.

[2] a. a. O. S. 252, 253.

[3] a. a. O. S. 81.

[4] a. a. O. S. 33.

[5] Wettstein allein sucht diese Frage zu beantworten, die andern begnügen sich mit einem ganz allgemeinen Hinweis, der praktisch nicht brauchbar ist.

ein neuer Vertragstyp, ein contractus sui generis[1] vor, der im besonderen Teil der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches keine Beachtung gefunden hat[2]. Es hätte dies vielleicht ganz kurz durch Einfügung eines Paragraphen in einen der beiden genannten Titel geschehen können, der für den Fachvertrag bestimmte Vorschriften des Titels für anwendbar erklärte, wie es im § 651 BGB. für den Werklieferungsvertrag geschehen ist, der weder Werkvertrag noch Kaufvertrag, sondern ein eigenartiger beiden ähnlicher Vertrag ist, auf den eigene Bestimmungen Anwendung finden. Dies ist jedoch nicht geschehen. Es wird daher notwendig sein, die Rechtsregeln, nach denen dieser Vertrag eigener Art zu beurteilen ist, aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen heraus, aufbauend auf den von den Parteien angenommenen Vertragsbedingungen zu bestimmen.

Zu diesem Ziele gelangt nun Gumbel[3], indem er nachzuweisen sucht, daß der Fachvertrag ein dem Verwahrungsvertrag ähnlicher sei, und darauf hin nach den Grundsätzen der entsprechenden Rechtsanwendung die für diesen Vertrag gegebenen Vorschriften für anwendbar erklärt. Doch ist dieser Weg wohl nicht ganz richtig. Denn einmal ist, was aus der Darstellung mit Gewißheit zu entnehmen ist, der Fachvertrag beiden genannten Verträgen recht ähnlich und es dürfte kaum möglich sein, ausreichend Beweise für eine größere Ähnlichkeit des einen oder anderen vorzubringen[4]. Es dürfte dies wohl hauptsächlich Ansichtssache sein. Ferner sind zwar ohne Frage die Vorschriften des zweiten Teils der Schuldverhältnisse auch auf

---

[1] So auch Korn a. a. O. S. 509.

[2] Es mag Regelsberger (a. a. O. S. 3) zugegeben werden, daß die Annahme eines solchen ein wenig mißlich ist. Sie darf aber nicht abgelehnt werden, wenn es sich tatsächlich um einen Vertrag neuer Art handelt, nur aus dem Grunde, weil sie bei der rechtlichen Beurteilung von manchen Einzelpunkten im Stich lasse. Auch bei den bekannten Verträgen kommen häufig genug Fälle vor, zu deren Beurteilung das Gesetz allein nicht ausreicht, und zumeist wird es auch bei einem Vertrag eigener Art möglich sein, alle die Vorschriften zu konstruieren, die der Gesetzgeber bei einer Behandlung des Vertrages im Gesetz für ihn aufgestellt hätte.

[3] a. a. O. S. 13.

[4] Dies geht schon daraus hervor, daß die Meinungen für Miete und Verwahrung fast in gleichem Verhältnis geteilt sind.

andere wie die daselbst benannten Verträge anzuwenden; aber dies hat wohl nicht, wie Gumbel vorschlägt[1], von den Vorschriften einer Vertragsgattung in ihrer Gesamtheit[2] zu geschehen. Denn sollen alle Vorschriften — z. B. der Verwahrung — Anwendung finden, dann wird es sich wohl um einen Verwahrungsvertrag selbst handeln; sollen dagegen nur einige aus der Verwahrung, andere z. B. aus der Miete gelten, dann ist aus dem allgemeinen Satz nicht zu ersehen, welche einzelnen Bestimmungen dieses oder des anderen Titels das gerade sein sollen.

Dadurch dürfte der durch Feststellung des Vertragstyps erhoffte Erfolg wohl kaum erreicht werden, nämlich im konkreten Fall die oft schwierige Beantwortung der Frage, welche Rechtsregel im einzelnen anzuwenden ist. Es bleibt daher nur übrig — und dieses ist wohl der einzige Weg, um das Wesen des Schrankfachvertrages festzulegen — die einzelnen Rechte und Pflichten der Parteien, welche dem Fachvertrag eigentümlich sind, besonders zu betrachten, und so die einzelnen Bestandteile desselben zu bestimmen[3]. Den größten Einfluß auf diese Analyse des Schrankfachvertrages werden naturgemäß die Bankbedingungen selbst haben, die ihrer regelmäßigen Gleichartigkeit wegen als in die Verkehrssitte übergegangen anzusehen sind, und deren einzelne Bestimmungen dann auch auf Schrankfachverträge anzuwenden sind, die ohne Zugrundelegung eines solchen Formulars geschlossen sind, sofern nur die Parteien in Kenntnis dieses Geschäftsgebrauchs paktiert haben, was regelmäßig der Fall sein wird.

---

[1] Noch viel weniger in der von Anhängern der Kombinationstheorie angegebenen Weise, allgemein die Vorschriften zweier Vertragsgattungen — der Miete und der Verwahrung — für anwendbar zu erklären, „je nachdem die in Frage kommende Seite des Tresordepotvertrages mehr dem Verwahrungs- oder mehr dem Mietvertrag ähnelt". (S. Adler a. a. O. S. 33). Mit Recht erwidert hierauf Gumbel (a. a. O. S 14), daß man mit diesem Grundsatz kaum praktische Fälle wird entscheiden können.

[2] Vielleicht mit einzelnen Ausnahmen.

[3] Natürlich kann nicht unternommen werden, für alle möglichen Einzelfälle derartige Normen aufzustellen; es können vielmehr nur die hauptsächlichen Befugnisse und Verpflichtungen Erwähnung finden, soweit sie zu Besprechungen Anlaß geben.

§ 5.

Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien.

Auf den Schrankfachvertrag finden einmal alle allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung, soweit sie auf gegenseitige Verträge Anwendung finden können, ferner alle allgemeinen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, die sich auf Handelsgeschäfte beziehen.

Zweifelhaft könnte es sein, ob zu seinem Abschluß eine bestimmte Form notwendig ist. Es ist dies zu verneinen, trotzdem durchweg bei Eingang des Vertrages von den Banken den Kunden gedruckte Prospekte zur Unterschrift vorgelegt werden[1]; denn in der Regel enthalten dieselben nur die einseitige Erklärung des Kunden, daß er „das Fach unter den vorstehenden Bedingungen miete", während die Annahme dieser Offerte seitens der Bank regelmäßig mündlich oder stillschweigend durch Ausstellung der Legitimationskarte, Zulassung zur Kammer, Übergabe eines Schlüssels usw. erfolgt[2].

Die Rechte, die sich aus dem Verhältnis zwischen den Kunden und der Bank ergeben, sind stets höchst-persönlicher Natur[3], auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart[4] ist[5]. Das ergibt sich aus der Natur der ganzen Einrichtung. Der Vertrag ist auf gegenseitiges Vertrauen gegründet; namentlich der Bank könnte es nicht zugemutet werden, an Stelle des Kunden, den sie kennt oder über dessen Persönlichkeit sie ihr Vertrauen begründende Auskünfte erhalten, einem anderen gegenüber verpflichtet zu sein.

Nun erleidet aber dieser Grundsatz in einer Richtung eine Durchbrechung. Das Vertrauen des Kunden hängt nämlich nicht so sehr an der Person des Geschäftsinhabers, als vielmehr

[1] Jacoby a. a. O. S. 45 weist auf den Beweiszweck dieser Prospekte hin.

[2] Wie im Text auch Jacoby a. a. O. S. 45, der allerdings der von ihm vertretenen Mietstheorie gemäß, zunächst untersucht, ob die Form des § 566 BGB. notwendig ist.

[3] Cohn a. a. O. I. S. 244; Adler a. a. O. S. 35; Heinrici a. a. O. S. 824.

[4] Gumbel a. a. O. S. 20.

[5] Es ist damit sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Unterüberlassung ausgeschlossen.

an dem Ruf des Bankgeschäfts selbst, der sich auf den Ruf des jedesmaligen Inhabers überträgt. Mit Rücksicht auf den Geschäftsverkehr muß daher der Tod des Bankiers und die Veräußerung des Bankgeschäftes auf die mit diesem bestehenden Schrankfachverträge ohne Einfluß bleiben. Dieselben werden mit den Erben resp. dem neuen Erwerber weitergeführt. Im letzteren Fall kommt § 25 HGB. zur Anwendung. Das gleiche gilt, wenn die Bank eine Handelsgesellschaft ist und aufgelöst wird oder durch Fusion in eine andere Gesellschaft übergeht. In jenem Fall haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte abzuwickeln, sie treten als Rechtsnachfolger der Bank in den Vertrag ein. Im anderen Fall ist nach dem Gesetz das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft von der übernehmenden mindestens ein Jahr lang, also über die regelmäßige Vertragsdauer hinaus getrennt zu verwalten. Außerdem gilt solange das Vermögen der übernehmenden als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zu Gunsten der Gläubiger der letzteren (§§ 306 Abs. 5, 301, 306 Abs. 4 HGB)[1] [2].

Durch die Höchstpersönlichkeit der Rechte wird die Möglichkeit, ihre Ausübung einem andern zu übertragen noch nicht ausgeschlossen, was besonders auf Seiten des Kunden wichtig ist. Damit rechnet auch der Bankier, dem es gerade darauf ankommt, nicht jedem beliebigen Dritten den Zutritt zur Stahlkammer gewähren zu müssen. Die Bedingungen der Banken enthalten daher auch regelmäßig Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die Bank einen vom Kunden mit der Ausübung seiner Rechte beauftragten[3] Dritten[4] den Eintritt in

[1] Wettstein a. a. O. S. 68 Anm. 1; Jacoby a. a. O. S. 72.

[2] In der Regel werden die mit den Rechten und Pflichten aus dem Vertrage auf die Rechtsnachfolger der Bank auch übergegangenen Kündigungsrechte über alle Schwierigkeiten hinweghelfen, während umgekehrt die regelmäßig nur einjährige Dauer des Vertrages auch den Kunden die Möglichkeit baldigen Austritts gewährt.

[3] Zumeist wird ein Auftrag vorliegen, es kann sich jedoch auch um ein anderes Rechtsverhältnis handeln.

[4] Es wird dabei unterschieden, ob der Dritte nur einmal oder mehrfach zur Kammer zugelassen werden soll. Im ersten Fall sprechen die Bedingung von Einlaßscheinen, im anderen von Vollmachten. Rechtlich besteht jedoch kein Unterschied; es handelt sich stets um Legitimationspapiere der

die Kammer usw. zu gewähren hat. Gewöhnlich behält sich die Bank das Recht ihrer Zustimmung vor. Fehlen dagegen solche Bestimmungen, so ist der Kunde zur Ermächtigung eines jeden berechtigt und die Bank kann höchstens von diesem alles das zu seiner Legitimation verlangen, was sie von den Kunden selbst verlangen kann[1]. Genügt ihr dies aber nicht, so hat sie immer noch das aus der custodia-Pflicht ihren anderen Kunden gegenüber entspringende Recht dem Dritten bei irgendwelchem Argwohn den Zutritt zur Kammer zu versagen.

Mit einer Gesellschaft einen Schrankfachvertrag zu schließen, lehnen die Banken mitunter ab. Geschieht es doch, so kann natürlich der Wechsel der Gesellschafter keinen Einfluß auf das Bestehen des Vertrages haben[2]. In einem solchen Fall wird eine Vereinbarung über die zutrittsberechtigten Gesellschafter oder Organe nie fehlen. Im Zweifel sind es die gesetzlichen Vertreter, Geschäftsführer, Prokuristen[3] usw.[4], welchen die Ausübung der Vertragsrechte zusteht.

Ähnlich liegt die Sache, wenn die Bank an zwei oder mehr Einzelpersonen gemeinsam ein Schrankfach überläßt. Hier entsteht die Frage, ob die Bank jeder einzelnen oder nur allen gemeinsam zur Eröffnung usw. verpflichtet ist. Nach Wettstein[5]

Bank gegenüber. Daß es sich nicht um einen „Vertreter" des Kunden handelt (so die Banken), weist Jacoby a. a. O. S. 74 dadurch nach, daß der herrschenden Meinung nach eine Vertretung nur bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen möglich ist.

[1] Von einer bestimmten Usance kann man bei der Verschiedenheit der Bestimmungen gerade in dem Punkt nicht sprechen.

[2] Ebenso bei dem von Jacoby (a. a. O. S. 73) angeführten Fall der Eingehung eines Vertrages mit einer Firma mit alleinigem Inhaber, wobei es darauf ankommen werde, ob der Vertrag in der Tat mit der Firma oder vielmehr mit deren Inhaber geschlossen ist.

[3] Daß die Prokura kraft Gesetzes (§ 49 HGB.) zur Ausübung der Rechte beim Schrankfachvertrage berechtigt, wird übereinstimmend angenommen, während ein bloßer Handlungsgehilfe (§ 54 HGB.) nicht dazu berechtigt ist, da die Benutzung der Safes nicht zu den Geschäften gehört, die der Betrieb eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt (s. Jacoby S. 77; Düringer-Hachenburg a. a. O., Vorbem. z. 5. Abschn. III c S. 496; Wimmer a. a. O. S. 41).

[4] Insoweit sie — einzeln oder zu mehreren — zur Vertretung berechtigt sind.

[5] a. a. O. S. 90.

hat jeder einzelne das Recht, Öffnung zu verlangen, wenn mehrere mit einem Ausweis versehen sind. Demgegenüber erklären andere[1] nur sämtliche Personen gemeinsam für öffnungsberechtigt. Dieser Ansicht ist auch beizutreten, wenn sie auch keine praktische Bedeutung haben wird, da die Bank, worauf Wimmer[2] besonders hinweist, bereits bei Abschluß des Vertrages weiß, mit wem sie kontrahiert und zur Vermeidung jeder Schwierigkeit bereits anfangs Bestimmungen darüber treffen wird.

Ganz allgemein umfaßt natürlich die Befugnis der gesetzlichen Vertreter des Kunden wie Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker auch die Befugnis zur Ausübung der Rechte aus dem Schrankfachvertrage. Als Legitimation der Bank gegenüber reicht ihr behördlicher Bestallungsnachweis aus[3].

Die Bank haftet zunächst, was sie jedesmal eingangs des Vertrages zusichert dafür, daß die benutzte Stahlkammer ein feuer- und diebessicheres Gewölbe ist, und ist verpflichtet, dieselbe in diesem Zustand zu erhalten. Ihre Pflicht ist eine solche analog der durch § 536 BGB. für den Vermieter festgesetzten Verpflichtung. Erleidet der Kunde dadurch einen Schaden, daß bei Herstellung der Kammer oder bei Unterhaltung derselben während ihres Bestehens von der Bank oder einer anderen Person, für die sie gemäß § 278 BGB. haftet, in schuldhafter Weise mangelhaft verfahren worden ist, so ist die Bank ersatzpflichtig. Daß sie infolge ihrer Versicherung oder auch beim Fehlen solcher dafür haftbar gemacht werden kann, daß ohne ihr Verschulden durch Feuer oder Diebstahl Schaden entsteht, ist nicht anzunehmen. Es ist unbillig, eine so weitgehende Haftung zu verlangen und es liegt auch sicherlich nicht in der

---

[1] Düringer a. a. O. I S. 67; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. III S. 496; Wimmer a. a. O. S. 41.

[2] a. a. O. S. 41.

[3] Dadurch, daß tatsächlich Dritte bei ausreichender Legitimation von der Bank den Zutritt zur Kammer und die Mitwirkung bei der Öffnung des Fachs verlangen können, ist, ohne daß es die Bank gewahr wird, eine Umgehung des Überlassungsverbotes, eine Nichtachtung der Höchstpersönlichkeit der Rechte möglich. Darauf beruht auch, wie unten zu zeigen sein wird, der dringliche Rechtserwerb Dritter am Fachinhalt. Der Bank gegenüber bleibt aber immer nur der Kunde berechtigt und verpflichtet.

Absicht der Bank, sie mit ihrer Versicherung zu übernehmen[1]. Denn der Begriff einer diebes- und feuersicheren Kammer ist natürlich stets nur ein relativer und richtet sich nach dem jeweiligen Stande der Technik, geschieht also, trotzdem die Kammer „nach Ansicht bewährter Techniker" ein feuer- und diebessicheres Gewölbe ist, durch Einbruch oder Feuersbrunst ein Schaden[2], so ist derselbe auf einen Zufall zurückzuführen, für den die Bank nicht haftet.

Gumbel[3] erörtert noch den Fall, daß nach Anlage der Stahlkammer wichtige technische Neuerungen in dieser Hinsicht aufkommen und gelangt dabei zu dem unbestreitbaren Ergebnis, daß dieser Umstand für die bereits bestehenden Verträge ohne Einfluß sei, da es sich bei der Verpflichtung der Bank stets um den Zustand zur Zeit des Abschlusses des Vertrages handelt, daß aber die Bank, ohne sich die technischen Neuerungen zu Nutze gemacht zu haben, aus der Versicherung neuen Kunden gegenüber haftbar gemacht werden könne.

Die Bank verpflichtet sich weiterhin, während der Dauer der Vertragszeit auf die Bewachung und Sicherung der Kammer und ihrer Einrichtungen die größte Sorgfalt zu verwenden. Der Inhalt dieser Verpflichtungen ist bereits oben[4] dargetan worden. Sie ist keine Verwahrerpflicht im Sinne des § 688 BGB., sie ist aber auch keine Vermieterpflicht aus § 536 BGB[5]. Denn sie ist mehr als diese; sie ist nicht die Pflicht während der Vertragsdauer, das diebes- und feuersichere Schrankfach „in diesem Zustand zu erhalten und dafür zu sorgen, daß nichts eintritt, was dessen Tauglichkeit und Sicherheit mindern könnte. (§§ 536, 537 BGB.)"[6]; eine solche Pflicht ist für die Bank bereits oben festgestellt worden. Sie verpflichtet diese vielmehr,

---

[1] So auch Wettstein a. a. O. S. 71 ff.; Gumbel a. a. O. S. 16; Jacoby a. a. O. S. 58.

[2] Natürlich darf er auch nicht auf einer Verletzung der custodia-Pflicht beruhen.

[3] a. a. O. S. 17.

[4] § 4 S. 20 ff. d. A.

[5] So die Anhänger des Mietvertrages, besonders Cohn a. a. O. I. S. 247.

[6] So Cohn S. 247.

Unberechtigte von der Stahlkammer fernzuhalten, den Berechtigten nur nach den bestimmten Legitimationsprüfungen zuzulassen, den Eintritt in die Kammer und die Benutzung ihrer Einrichtung stets durch Angestellte überwachen zu lassen, dafür zu sorgen, daß nach Geschäftsschluß nicht Personen allein in der Kammer verbleiben, usw.; sie umfaßt also alle Handlungen, die notwendig sind, um die Illaten des Kunden auch trotz völlig ordnungsmäßigen Zustandes der Kammer zu sichern. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine analoge Verpflichtung für einen anderen Vertrag nicht festgestellt. Nur in einem Ausnahmefall geht diese Verpflichtung in die Verwahrerpflicht des § 688 BGB. über, nämlich in dem Falle des Untergangs der Stahlkammereinrichtung[1]. Es ist zunächst nicht unbestritten, ob die Bank in einem solchen Fall überhaupt die Verpflichtung zur Sorge um die Wertpapiere habe[2]. Die herrschende Meinung[3]

[1] Es ist oben vermieden worden, darauf als auf ein Beweismittel zur Annahme eines Verwahrungsvertrages einzugehen, mit Rücksicht auf die Seltenheit eines solchen Unterganges. Mag die daraus sich ergebende Verpflichtung für die Bank nun auch die Verwahrungsvertragstheorie stützen, so ist sie doch kein Beweis dafür. Dem Kunden, dem es nur darauf ankommt, seine Wertsachen in Sicherheit zu wissen, genügt zunächst die Bewachung und Sicherung der Kammer; diese wird daher auch allein ausbedungen. Er wird auch, solange dies möglich ist, nicht mehr fordern. Und an eine Unmöglichkeit denken auch die Parteien wohl kaum, sonst würden sie darüber Bestimmungen treffen. Es kommt also immer wieder darauf hinaus, daß die Bank nur eine custodia-Pflicht bezüglich der Stahlkammer und ihrer Einrichtungen übernimmt Die Verwahrerpflicht aus § 688 BGB. entsteht also nur in den seltensten Fällen aus einem bereits bestehenden Vertrage, auf dessen juristische Natur sie daher keinen Einfluß hat.

[2] Gegen eine solche Verpflichtung sprechen sich aus: Dorn a. a. O. S. 30, Jacoby a. a. O. S. 58 und Wimmer a. a. O. S. 39. Die Ansicht des letzteren, daß bei völliger Zerstörung der Räumlichkeiten keine Aufbewahrungspflicht für den Bankier bestehe, wohl aber bei nur teilweiser Zerstörung erscheint praktisch unhaltbar. Denn wo ist die Grenze zwischen gänzlicher und teilweiser Zerstörung? Die Grenze die Wimmer angibt, ist nicht richtig. Eine Wiederherstellung während der Vertragszeit und unter Wahrung der Identität der Sache und des Vertragszwecks wird sich wohl bei dem heutigen schnellen Arbeiten der Technik wenigstens einem Teil der Verträge gegenüber regelmäßig auch bei „völliger Zerstörung" ermöglichen lassen. Damit ist aber der im Text vertretenen Meinung beigetreten. Oder sollen unter völliger Zerstörung nur die außer aller Welt liegenden Fälle,

nimmt dies an und wohl mit Recht[4]. Denn hätten die Parteien bei Eingehung des Vertrages an einen derartigen Fall gedacht, so hätten sie sicherlich eine Bestimmung dieser Art in ihre Bedingungen aufgenommen. Die Annahme einer solchen Pflicht beruht also auf der Voraussetzung stillschweigenden Einverständnisses der Parteien; ist dies doch regelmäßig die einzige Möglichkeit, dem Kunden seine Wertgegenstände zu retten. Denn er wird zumeist nicht in der Lage sein, sich sofort um dieselben kümmern zu können. Von der Bank als der räumlich Nächsten wird er aber auch mangels einer ausdrücklichen Verpflichtung annehmen dürfen[5], daß sie das tun wird.

Die Bank wird ihrer Pflicht zunächst dadurch nachkommen, daß sie die Wertgegenstände an sich nimmt und mit gleicher Sorgfalt verwahrt, wie sie ehemals die Kammer bewacht hat. Freilich wird man den Kunden gemäß § 696 BGB. für verpflichtet halten, die Sachen auf Verlangen der Bank jederzeit zurückzunehmen; denn die für den Vertrag festgesetzte Zeit kann auf diesen speziellen Fall nicht übertragen werden.

Die aus der custodia-Pflicht der Bank für sie entspringende Haftung ist in jedem Falle eine sehr weitgehende, auch wenn sie nicht ausdrücklich so übernommen ist[6]. Sie erstreckt sich auf Vorsatz und jede Fahrlässigkeit (§ 276 BGB.). Fahrlässigkeit wird hier durch die ganz besonders große Sorgfalt bestimmt, die die Banken in ihrem Safeverkehr anzuwenden pflegen. In Anspruch genommen kann sich die Bank nicht schon dadurch exculpieren, daß sie die Anwendung der Sorgfalt eines

---

wie z. B. der Untergang der ganzen Stadt, verstanden sein, Fälle, die wegen Untergangs der Rechtssubjekte selber außer Betracht bleiben können?

[3] Cosack a. a. O. II. S. 542; Vogel a. a. O. S. 75; Bondi a. a. O. S. 11; Staub, a. a. O. 8. Aufl. S. 1842; Regelsberger a. a. O. S. 3; Gumbel a. a. O. S. 7; Exner a. a. O. S. 21.

[4] Es kann hier nicht entgegnet werden, daß eine „Übergabe" nicht stattgefunden habe, denn da diese nur eine Besitzerlangung mit Zustimmung des anderen Teils ist, so ist das Ansichnehmen der Bank hier eine Übergabe. (S. Planck a. a. O. Bd. III § 929 N. 2 S. 221.)

[5] Wird eine Pflicht der Bank verneint, so liegt, wenn dieselbe trotzdem die Wertpapiere an sich nimmt, eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

[6] Dies geht aus der Natur des ganzen Stahlkammerfachvertrages hervor, in dem es den Parteien um höchste Sicherung zu tun ist.

ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB.) nachweist. Die Haftung findet ihre Grenze jedoch in der höheren Gewalt. Was höhere Gewalt ist, wird im Einzelfall danach zu entscheiden sein, ob der Schaden trotz äußerster Sorgfalt nicht zu vermeiden war[1].

Eine Minderung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit tritt ein, sobald der Kunde seinen Vertragsverpflichtungen, z. B. der Räumungspflicht am Ende des Vertrages, nicht nachkommt, d. h. sobald er in Verzug gerät (§ 300 BGB.)[2]. Umgekehrt erhöht sich die Haftung auch auf Zufall, wenn die Bank mit ihrer Leistung in Verzug gerät; z. B. wenn sie dem Kunden, der seine Sachen herausnehmen will, ohne Grund den Eintritt in die Kammer und die Mitwirkung bei der Öffnung verweigert (§ 287 BGB.).

Die Haftung der Bank erstreckt sich natürlich auch auf die Beamten, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient. (§ 278 BGB.). Eine weitergehende Haftung aber auch für die anderen Beamten, die sie in ihrem sonstigen Betriebe beschäftigt, nur deshalb, weil sie ihnen dadurch die Möglichkeit gibt, leichter an die Stahlkammern heranzukommen, möchte ich nicht annehmen[3]. Denn diese Möglichkeit ist nur eine scheinbare oder zum mindesten verschwindend geringe; für sie ist, wenn die Bank ihrer Obhutspflicht gehörig nachkommt, der Eintritt in die Stahlkammer ebenso erschwert, wie für jeden anderen.

Die Bank ist weiterhin verpflichtet, dem Kunden die Stahlkammer während der Geschäftsstunden[4] zu öffnen, d. h. ihm den

---

[1] Mit Hertel (a. a. O. S. 54) z. B. ist anzunehmen, daß unter Umständen ein Verschulden des Bankiers und damit eine Haftung zu verneinen sein wird, wenn er sich durch eine geschickt gefälschte, vielleicht mit gefälschter öffentlicher Beglaubigung versehene Vollmachtsurkunde versehentlich täuschen ließ. Anders dagegen, wenn er die Fälschung erkennen mußte. (S. Jacoby a. a. O. S. 57). Es wird nicht immer leicht sein, die Grenze zwischen Fahrlässigkeit und höherer Gewalt festzustellen.

[2] Mit Recht weist Wettstein a. a. O. S. 75 darauf hin, daß dieser Fall kaum praktisch werden dürfte, mit Rücksicht auf das der Bank regelmäßig vertraglich zustehende Recht eigenmächtiger Öffnung.

[3] A. A. Gumbel a. a. O. S. 17.

[4] Die Beschränkung auf die Geschäftsstunden ergibt sich beim Fehlen vertraglicher Abmachungen bereits aus § 358 HGB.

Eintritt in dieselbe zu gestatten. Welche Legitimationshandlungen hierfür gefordert werden können, das ist Sache des einzelnen Vertrages. Eine bestimmte Usance, die z. B. Nennung des Paßwortes oder dergleichen verlangt, kann mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Bedingungen in diesem Punkt nicht festgestellt werden. Mitunter sprechen auch die Bedingungen gar nicht von einer Verpflichtung, sondern nur einer Berechtigung der Bank von dem eintrittsbegehrenden Kunden Ausweise zu verlangen. Trotzdem wird dieselbe stets, ehe sie einen Kunden einläßt, dessen Identität feststellen müssen. Umgekehrt ist sie nicht verpflichtet, einem verdächtigen Besucher den Zutritt zu gewähren, selbst wenn er sich in gehöriger Weise legitimiert[1].

An diese Verpflichtung der Bank reiht sich die weitere zur Mitwirkung bei der Öffnung des nunmehr noch unter doppeltem Verschluß stehenden Schrankfaches. Mit Recht werden diese Verpflichtungen als Dienstleistungen[2] aufgefaßt analog der im § 611 BGB. für den Dienstvertrag aufgestellten Verpflichtung[3].

Da die letztgenannte Verpflichtung der Bank zur Mitwirkung bei der Öffnung der Safes in der Hälfte der Fälle den Zweck hat, dem Kunden die Herausnahme seiner Sachen zu ermöglichen, so haben einige Schriftsteller[4] aus ihr eine Verpflichtung zur Rückgabe, ja eine solche zur Herausgabe hergeleitet. Die herrschende Meinung[5] dagegen hat eine solche Verpflichtung der Bank abgelehnt und neben ihrer Verpflichtung zur Mitwirkung für den Kunden nur noch ein ius tolendi hinsichtlich seiner

---

[1] So die allgemeine Anschauung, s. besonders Düringer a. a. O. I S. 67; Ratzenhofer a. a. O. S. 365; Wimmer a. a. O. S. 35. Die Berechtigung der Bank wird zur Pflicht ihren anderen Safekunden gegenüber (custodia-Pflicht) S. § 5 S. 36 ff. d. A.

[2] Cohn a. a. O. I S. 245.

[3] Die Pflicht zur Mitwirkung bei der Öffnung umfaßt natürlich auch die zur Mitwirkung beim Schließen des Faches.

[4] So besonders Rießer a. a. O. S. 17 Anm. 3; Holdheim Jahrg. III S. 105; Pinner a. a. O. S. 65; JW. 1899 S. 399 Nr. 63; Wettstein a. a. O. S. 83; Bernt a. a. O. S. 45; Gumbel a. a. O. S. 11.

[5] Adler a. a. O. S. 34; Bondi a. a. O. S. 13; Dorn a. a. O. S. 31; Marcus a. a. O. S. 254; Hertel a. a. O. S. 53; Staub a. a. O., 8. Aufl., S. 1842 (trotz der Annahme, der Fachvertrag sei depositum); Cohn a. a. O. I S. 254; Wimmer a. a. O. S. 38.

Wertgegenstände festgestellt. Düringer[1] meint nun, daß es ein Streit um Worte sei, wenn man dem Kunden gegen die Bank keinen Anspruch auf Herausgabe, sondern nur auf Gestattung der Herausnahme zubilligen wolle. Ein Streit aber, der für die Lehre von der Zwangsvollstreckung wichtige Folgen haben muß, kann kein bloßer Streit um Worte sein; er würde dann auch nicht mit solcher Heftigkeit geführt werden.

Zum Beweise dafür, daß eine Verpflichtung der Bank auf Rückgabe oder Herausgabe vorliege, führt Gumbel[2] folgendes aus: Unter Rückgabe oder Herausgabe sei die gleiche Veränderung zu verstehen, wie unter Übergabe, nämlich die Übertragung desjenigen Besitzes, den man selbst habe; dies aber geschehe jedesmal, wenn die Bank dem Kunden das Fach öffne, damit er seine Illaten entfernen könne; die Gestattung der Herausnahme sei nur eine Art, auf welche die Bank ihre Herausgabepflicht realisiere.

Diesen Ausführungen ist nicht beizutreten. Es ist zunächst Gumbel beizustimmen, daß die beiden genannten Verpflichtungen zur Rückgabe und zur Herausgabe zu unterscheiden sind. Abgesehen davon, daß man unter ersterer stets nur eine persönliche Verpflichtung versteht, kann eine derartige Pflicht nur auf Grund der Übergabe der zurückzugebenden Sache anerkannt werden, denn es ist logisch undenkbar, eine Sache zurückzugeben, die man nicht vorher empfangen hat. Bei dem Fachvertrag wird aber nichts übergeben[3], es kann also auch nichts zurückgegeben werden. Demgemäß ist es nicht möglich, für die Bank eine Rückgabeverpflichtung anzuerkennen[4].

Der Ausdruck: Verpflichtung zur Herausgabe wird dagegen, wie Gumbel[5] richtig bemerkt, sowohl bei persönlichen, als auch bei dinglichen Ansprüchen verwandt. Es besteht aber, was

---

[1] Düringer a. a. O. I S. 69 Nr. 19.

[2] a. a. O. S. 10 ff.

[3] S. oben § 4 S. 50 ff. d. A.

[4] Dieselbe auf § 695 BGB. zu stützen, ist natürlich nur aus der hier abgelehnten Annahme eines Verwahrungsvertrages zu erklären.

[5] S. Gumbel a. a. O. S. 10: Persönliche Ansprüche z. B. §§ 531, 667, 812, 870; 1890, 2010, 2130 BGB., dingliche Ansprüche z. B. §§ 985 ff. 1231, 1251 BGB.

Gumbel übersieht, ein Unterschied darin, ob sich der Ausdruck auf einen dinglichen oder einen persönlichen Anspruch bezieht. In jenem Fall kann sich nämlich die Herausgabe ohne irgend welche Tätigkeit des Herausgebenden vollziehen. Es genügt hierzu vollständig die von Gumbel geforderte Änderung in der Besitzlage. Denn es wird von dem Besitzer nur verlangt, daß er alles tue, damit der andere den Besitz an der Sache erlangen kann. Worin diese Tätigkeit besteht, das ist ganz gleichgültig; es genügt vollständig, ein bloßes Dulden der Wegnahme durch den Gegner, wenn dieser dadurch den Besitz erlangt. Ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe ist sowohl dann gegeben, wenn ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe als auch ein solcher auf Herausgabe existiert.

Dagegen kann nicht zu gleicher Zeit ein persönlicher Anspruch auf Rückgabe und ein solcher auf Herausgabe bestehen. Letzterer wird stets vom Gesetz nur dann gewährt, wenn der Verpflichtete etwas „erlangt" hat, was ihm nicht zukommt, sondern zu dem Vermögen des Berechtigten gehört. Er ist kein Rückgabeanspruch, weil die herauszugebende Sache nicht von dem Berechtigten, sondern von einem Dritten herrührt, oder aber eine Rückgabe unmöglich ist, da das Vermögen des Verpflichteten nur noch um den Wert der Sache, nicht um diese selbst bereichert ist. Er setzt jedoch wie der Rückgabeanspruch eine Übergabe, so ein „Erlangen" voraus. Dieses ist aber ebenfalls eine Besitzergreifung durch den Verpflichteten bezw. eine Besitzübertragung, nur nicht durch den Berechtigten, sondern durch einen Dritten, aber immer unter Ausschluß jeden Besitzes des Berechtigten. Stets hat dieser nie den unmittelbaren Besitz daran gehabt (§ 667 BGB.) oder aber ihn vorher vollständig verloren (§ 531 BGB.). Ebensowenig wie der Bankier die Illaten des Kunden übergeben erhält, ebensowenig erlangt er sie auch. In beiden Fällen hindert der bleibende Mitbesitz des Kunden. Ein persönlicher Herausgabeanspruch steht daher nur demjenigen zu, der keine tatsächliche Gewalt an der Sache hat. Andererseits kann dieser Anspruch nur gegen den geltend gemacht werden, der seine Sachherrschaft nicht mit der des Berechtigten teilt[1],

[1] Bank und Kunde haben unmittelbaren Mitbesitz am Fachinhallt; s. § 4 S. 26, Note 5 d. Arb.

der allein die zur Herausgabe erforderliche Tätigkeit zu leisten imstande ist. Stets setzt das Gesetz eine derartige Tätigkeit voraus, wenn es von einer „Herausgabe des Erlangten" spricht. Nun genügt aber dazu nicht die Mitwirkung bei der Öffnung des Faches, denn diese ist nur eine vorbereitende Tätigkeit. Eine solche zur Verwirklichung des Anspruches selbst zu leisten, ist der Bank aber garnicht möglich, da sie infolge des Mitverschlusses des Kunden garnicht in der Lage ist, an die Wertsachen desselben zu gelangen. Man wird also mit der herrschenden Meinung auch einen persönlichen Anspruch des Kunden gegen die Bank auf Herausgabe des Depots[1] ablehnen müssen und ihm nur ein ius tollendi zuerkennen dürfen, oder wenn man will, eine Verpflichtung der Bank, die Herausnahme zu dulden.

Zum Einlegen bestimmter Wertsachen, also zu dem vertragsmäßigen Gebrauch hat die Bank weiter unter Übergabe des Schlüssels[2], dem Kunden ein Stahlkammerfach[3] zur Verfügung zu stellen. Dies ist eine Verpflichtung analog der im § 535 BGB. für den Mieter gegebenen Bestimmung. Diese besteht die ganze Vertragsdauer hindurch, auch wenn der Kunde keine Wertsachen einlegt oder die eingelegten wieder entfernt. Und zwar hat derselbe das Recht auf ausschließliche Benutzung. Eine solche durch andere Kunden während der Zeiträume, in denen er nichts eingelegt hat, steht der Natur des Vertrages entgegen.

Die Bank hat endlich dem Kunden die Benutzung etwaiger Kojen zur Vornahme der gewünschten Veränderungen am Depot zu gewähren[4]: und zwar, wenn Kojen zu diesem Zwecke überhaupt vorhanden sind, auch ohne eine diesbezügliche Abmachung in dem Vertrage. Natürlich ist dieses Benutzungsrecht des Kunden nicht ein gleich ausschließliches, wie das auf Benutzung des Safes. Er wird mitunter auf den Eintritt in eine Koje

[1] In einem Falle allerdings wird man von der Rückgabepflicht der Bank sprechen können, nämlich in dem oben (§ 5 S. 74 ff. d. Anm.) behandelten Fall des Untergangs der Stahlkammer.

[2] Evtl. zweier gleicher Schlüssel, von denen der Kunde einen unter Siegel aufzubewahren hat.

[3] Entweder das von dem Kunden ausgesuchte oder ein Fach bestimmter Größe.

[4] Auch jeder anderen Einrichtung, die diesem Zweck dienen soll, z. B. ein Tisch in der Stahlkammer.

warten müssen, bis sie frei wird. Auch diese Pflicht ist analog der Vermieterpflicht aus § 535 BGB.

Wird dem Bankier die Erfüllung seiner Pflichten aus irgend einem Grunde unmöglich, oder erfüllt er dieselben nicht oder nicht in gehöriger Weise, so stehen dem Kunden die Rechte aus den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in solchen Fällen zu[1]. Außer Betracht bleiben dabei alle die Bestimmungen, deren Anwendung nur auf Grund der Annahme einer der hier abgelehnten Vertragstheorien möglich ist[2].

Diesen Verpflichtungen der Bank gegenüber steht die Hauptverpflichtung des Kunden zur Entrichtung des bedungenen Entgelts. Sie ist es, welche den Vertrag zu einem Gegenseitigen macht. Als Zeitpunkt der Entrichtung bestimmen die Bedingungen durchweg den Beginn des Vertrages. Es ist damit eine Usance geschaffen worden, nach der auch, sollte einmal eine derartige Bestimmung fehlen, der Kunde stets zur Entrichtung der Vergütung am Anfang der Vertragszeit verpflichtet ist. Hiergegen die Bestimmung des § 551 BGB. anwenden, können natürlich

---

[1] Gumbel (a. a. O. S. 18) nimmt Veranlassung, die Anwendbarkeit des § 326 BGB. besonders zu erörtern. Er führt aus: Es könne sich hier praktisch nur um den Verzug der Bank in der Gewährung der Mitwirkung zur Eröffnung handeln. Dieselbe komme, wenn sie diese Mitwirkung verweigere, nachdem bereits Sachen eingelegt seien, dadurch nur mit einer der ihr obliegenden Leistungen in Verzug. Dieselbe sei aber eine Hauptleistung und begründe daher die Anwendbarkeit des § 326 BGB. Erfolge die Weigerung erst, nachdem die Mitwirkung bereits öfters gewährt worden war, so handele es sich um teilweise Nichtleistung, welche die Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. zur Folge habe, auch wenn die Teilleistung bereits vor der Fristbestimmung erfolgt sei. (Entsch. d. RG. v. 20. 1. 1903 Bd. 30 Nr. 31 S. 141); da aber eine derartige Teilleistung nicht im Interesse des Kunden liege, so sei er berechtigt, die Rechte aus § 325 Abs. 1 Satz 2 geltend zu machen. – Es erscheint aber nicht richtig, einen solchen Unterschied, wie Gumbel, zu machen. Denn wenn der Kunde Sachen in sein Fach gelegt hat, muß die Bank bereits einmal ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen sein. Es könnte sich also in jedem Fall nur um eine teilweise Nichtleistung handeln ferner möchte die Voraussetzung des § 326 Abs. 2 nicht ohne weiteres für gegeben anzusehen sein. Dies dürfte nach Lage der Sache in jedem einzelnen Fall verschieden zu beurteilen sein.

[2] So z. B. die von Jacoby (a. a. O. S. 55) angeführte Verpflichtung zum Schadensersatz auf Grund des § 538 BGB.

nur Anhänger der hier abgelehnten Mietvertragstheorie. Wie aber auch schon beim Mietvertrag die gesetzlich bestimmte Vorleistungspflicht des Vermieters regelmäßig durch Vertrag in eine Zug-um-Zug-Leistungpflicht umgeändert wird, so ist es für den Schrankfachvertrag als feststehender Handelsbrauch anzusehen, daß der Kunde Überlassung des Fach etc. nur Zug um Zug gegen Entrichtung des Entgelts verlangen kann. Man wird dies auch aus praktischen Gründen für richtig halten müssen: denn der Kunde ist in der Lage, von Anfang an jeden Tag kontrollieren zu können, ob die Bank ihrer Gegenleistung auch nachkommt. Er nimmt fortwährend ihre Tätigkeit in Anspruch; die Bank hingegen ist während der ganzen Vertragsdauer nicht in der Lage, prüfen zu können, ob der Kunde auch am Ende derselben seiner Zahlungspflicht genügen wird[1].

Da die Leistung der Vergütung die Gegenleistung des Kunden gegenüber den Verbindlichkeiten der Bank darstellt, so werden die Rechte des Kunden aus den allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung usw. seitens des Gegners in der Regel in einer gänzlichen oder teilweisen Einbehaltung des Mietzinses, resp. in einer gänzlichen oder teilweisen Rückforderung desselben bestehen, wenn nicht weitergehende Schadenersatzansprüche gestellt werden können. Eine Befreiung oder Minderung der Mietszinszahlung aber auf § 537 BGB. zu gründen, wie dies z. B. Jacoby[2] tut, ist natürlich nur aus der hier abgelehnten Auffassung des Schrankfachvertrages als eines Mietvertrages zu erklären. Mangels irgendwelcher dem § 537 BGB. analoger Bestimmungen in den Vertragsbedingungen der Banken kommt ein derartiges Recht für diese Darstellung nicht in Betracht. Sollte einem Kunden durch eine einzelne Bank ein solches eingeräumt werden, so steht natürlich der Giltigkeit einer derartigen Vertragsabrede nichts entgegen. Im übrigen hat es aber bei den allgemeinen Vorschriften sein Bewenden.

---

[1] Auch ein wirtschaftlicher Gedanke spricht für die Annahme. Die Bank ist regelmäßig ein bekanntes, kreditwürdiges, und allem Anschein nach sicheres Institut, während sich unter der großen Anzahl von Kunden, die mit einer Bank kontrahieren, auch Personen befinden, welche nicht das gleiche Vertrauen genießen.

[2] a. a. O. S. 52 ff.

Zur Rückzahlung eines entsprechenden Teiles der Vergütung ist die Bank natürlich verpflichtet, wenn der Vertrag ohne Schuld des Kunden[1] vorzeitig zur Auflösung kommt[2].

Wird das Fach von dem Kunden nicht benutzt, so entfällt damit nicht etwa seine Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung. Denn einmal ist diese nicht nur die Gegenleistung für die Benutzung des Faches, sondern auch noch für manche anderen Verpflichtungen der Bank; und dann genügt es auch, wenn diese dem Kunden das Fach zur Verfügung stellt. Ob er es benutzen will oder nicht, das ist seine Sache. Wird ihm die Ausübung seiner Rechte unmöglich, so hat dies auf das Bestehen des Vertrages und damit auf seine Leistungspflicht keinen Einfluß. Allerdings wird man eine Verpflichtung für die Bank anerkennen müssen, sich diejenigen Vorteile, die er durch anderweite Überlassung des Safes erlangt hat, auf das vom Kunden zu fordernde Entgelt anrechnen zu lassen (§§ 552, 615 BGB.)[3].

Ein Recht, Ersatz für die Aufwendungen zur Instandhaltung der Kammer zu verlangen (§ 693 BGB.) steht der Bank natürlich nicht zu. Dies nehmen sogar Anhänger[4] der Verwahrungsvertragstheorie nicht an. Denn die Aufbewahrung in einer ordnungsmäßig instand gehaltenen Kammer bildet ja gerade den Inhalt des Vertrages. Der Kunde müßte sonst, was nicht der Fall ist, seine Vergütung lediglich für die Erfüllung der custodia-Pflicht zur Mitwirkung bei der Öffnung zahlen. Gumbel[5] nimmt weiter an, daß der Bank noch das Recht aus § 693 BGB. zustehe, nämlich Ersatz für die Aufwendungen, die sie zum Zweck der Verwahrung gemacht hat, zu verlangen. Diese Annahme ist zurückzuweisen, denn entweder handelt es sich, abgesehen davon, daß sie nur aus der Verwahrungsvertragstheorie heraus zu erklären ist, dabei um Verwendungen für die Instandsetzung der Kammer, oder aber es sind solche Verwendungen auf die Illaten selbst auf Grund eines besonderen

[1] z. B. beim Tode desselben, bei vorzeitiger Kündigung durch die Bank usw. (S. unten.)

[2] Wettstein a. a. O. S. 87; Wimmer a. a. O. S. 36.

[3] Eine unmittelbare Anwendung des § 552, die Jacoby (a. a. O. S. 63) will, ist hier abzulehnen.

[4] Staub a. a. O., 8. Aufl., S. 1842.

[5] a. a. O. S. 20.

Auftrages oder einer negotiorum gestio gemacht worden, entspringen also garnicht dem Schrankfachvertrag. Doch dürfte ein Fall der letzteren Art überhaupt nicht praktisch werden.

Bei Eintritt in die Stahlkammer hat sich der Kunde der Identitäts- und Legitimationsprüfung zu unterwerfen, wie sie die Bedingungen der einzelnen Banken in jedem einzelnen Fall vorschreiben. Er muß selbst, wenn er dieser Prüfung Genüge geleistet hat, es sich gefallen lassen, wenn die Bank ihm infolge begründeten Argwohns gegen seine Person den Zutritt zur Kammer versagt.

Die Verpflichtung des Kunden, von dem ihm überlassenen Safe nur den vertragsmäßigen Gebrauch zu machen, d. h. in dasselbe nur die vertraglich ausbedungenen Gegenstände einzulegen[1], ist bereits oben bei der Verpflichtung der Bank zur Überlassung des Faches berührt worden. Legt der Kunde andere Sachen[2], wie die erwähnten, in sein Fach ein, benutzt er also dasselbe vertragswidrig, so ist er zum Ersatz jedes dadurch entstehenden Schadens verpflichtet[3].

Da die Bank in der Regel von dem Depot des Kunden keine Kenntnis hat, würde dessen Verpflichtung, lediglich bestimmte Sachen einzulegen, für sie nur einen höchst zweifelhaften Wert haben, wenn ihr nicht die Möglichkeit gegeben wäre, sich

[1] Auch wenn eine vertragliche Bestimmung der Illaten unterblieben ist, wird der Kunde nur zur Einlage der gewöhnlich bestimmten Gegenstände, also von Geld, Kostbarkeiten, Schriftstücken und dergleichen berechtigt sein, denn es liegt in der Natur des Vertrages und der ganzen Einrichtung, daß der Kunde nur zur Einlegung dieser Sachen berechtigt sein soll.

[2] In erster Linie, aber nicht ausschließlich (a. A. Jacoby a. a. O. S. 64) ist hierbei an feuergefährliche oder explosive Stoffe gedacht worden, welche die Sicherheit der ganzen Anlage gefährden. Es kommen aber auch solche Sachen in Betracht, die durch ihre Zusammensetzung oder durch ihre Veränderung in ihrem Zustand das Fach beschädigen können, ohne die Sicherheit der Anlage zu gefährden: wie ätzende Säuren, rostbildende Flüssigkeiten und dergleichen.

[3] Da es sich bei dem Fachvertrag nur um Wertgegenstände handelt, ist eine Anwendung des § 694 BGB., wie Gumbel ausdrücklich hervorhebt, tatsächlich ausgeschlossen. Entsteht der Bank ein Schaden durch die eingelegte Sache, so wird dies stets ein Schaden wegen Einlage vertragswidriger Sachen sein. Die Anwendung des § 694 ist natürlich nur auf die Annahme eines Verwahrungsvertrages zu gründen.

bei Argwohn gegen den Kunden von dem Inhalt des Faches zu überzeugen. Die Banken bedingen sich daher regelmäßig ein Recht aus, das Depot des Kunden gegebenenfalls kontrollieren zu können. Ein solches Recht wird man der Bank auch dann zuerkennen müssen, wenn eine dahingehende vertragliche Abmachung fehlt. Dies folgt aus ihrer Haftung für die Sicherheit der Depots der übrigen Kunden. Man würde diese billiger Weise nicht verlangen können, wenn die Bank nicht durch Ausübung ihres Kontrollrechtes die einzige Möglichkeit haben sollte, sich davon zu überzeugen, daß der Kunde keine die Stahlkammer gefährdenden Gegenstände eingelegt hat.

Die Bank wird das Kontrollrecht zunächst in der Weise auszuüben haben, daß sie den Kunden zur Öffnung auffordert. Dieser ist ihr dann zur Mitwirkung bei derselben verpflichtet. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so ist die Bank zur gewaltsamen Öffnung berechtigt. Das Recht ist nicht das Notstandsrecht des § 228 BGB., denn es handelt sich hier, abgesehen davon, daß der Verdacht der Bank auf Sprengstoffe ꝛc. unbegründet sein kann, nicht um die Zerstörung oder Beschädigung einer fremden gefahrbringenden Sache. Die Bank öffnet hier vielmehr gewaltsam ein ihr selbst gehörendes Schloß, um die gefahrdrohende Sache lediglich entfernen zu können. Das Recht beruht vielmehr auf der allgemeinen, auch den §§ 229, 904 BGB. zu Grunde liegenden Rechtsanschauung, daß Selbsthilfe — denn um einen Fall erlaubter Eigenmacht handelt es sich hier — dann nicht rechtswidrig ist, wenn die Gefahr besteht, daß obrigkeitliche Hilfe zu spät kommen würde; diese Gefahr besteht natürlich bei der Einlage von Sprengstoffen regelmäßig[1].

Das geöffnete Depot wird die Bank sodann möglichst unter Zuziehung des Kunden untersuchen[2]. Natürlich darf sie ihr Kontrollrecht nicht mißbräuchlich ausüben und den Kunden schikanieren. Sie ist ferner zu strengster Diskretion verpflichtet. Auch darf die Kontrolle nicht weitergehen, als für den Zweck

---

[1] S. Mot. I. S. 352 ff.; Oetker a. a. O. S. 315 ff.

[2] Die Zurückbehaltung eines Doppels des Schlüssels des Kunden, die Wettstein erwähnt (a. a. O. S. 38), zum Zweck der Ausübung des Kontrollrechts ist als in Deutschland nicht üblich außer Betracht zu lassen.

des Kontrollrechts unbedingt erforderlich ist[1]. „Es ist, wie Wettstein[2] sagt, eine Aufgabe des feinen Taktgefühls im gegebenen Fall die Grenzen des Kontrollrechts nicht zu überschreiten." Der beste Schutz des Kunden gegen das Kontrollrecht der Bank ist die dadurch bedingte Gefährdung des Rufes derselben. In der Tat kommt denn auch eine Ausübung so gut wie gar nicht vor.

Den Anordnungen der Bank für den Aufenthalt in der Stahlkammer, ja für die Benutzung der ganzen Einrichtung hat der Kunde sich zu fügen; denn dieselben sind im Interesse der Sicherheit der ganzen Anlage gegeben. Fügt er sich diesen nicht, so macht er sich evtl. der Bank gegenüber schadensersatzpflichtig, die ihrerseits den übrigen Safekunden gegenüber verhaftet bleibt. Unbeschnitten sind natürlich der Bank die allgemeinen Rechte auf Selbsthülfe und Selbstverteidigung.

Am Ende des Vertrages ist der Kunde verpflichtet, die etwa eingelegten Wertgegenstände herauszunehmen, das Fach der Bank in dem Zustand zu überlassen, in welchem es bei Beginn des Vertrages sich befand und den übergebenen Schlüssel zurückzugeben. Durch ihn oder seine Leute entstandene Schäden muß er ersetzen[3]. Nicht zu ersetzen sind die üblichen kleinen durch Abnutzung des Faches entstehenden Schäden, welche der Gebrauch einer Sache an und für sich mit sich bringt (analog der Bestimmung des § 548 BGB.).

Für den Fall, daß der Kunde seiner Räumungspflicht nicht rechtzeitig nachkommt, bedingen sich die Banken regelmäßig das Recht gewaltsamer Öffnung aus. Daß ihnen dieses Recht auch ohne eine ausdrückliche Verabredung zusteht, ist nicht anzunehmen[4]; in diesem Fall sind sie lediglich darauf angewiesen,

---

[1] Zur Kenntnisnahme von Schriftstücken z. B. berechtigt es nicht.

[2] a. a. O. S. 77.

[3] Hierunter gehört auch der Fall, daß durch Verlust des dem Fachinhaber ausgehändigten Schlüssels eine Erneuerung oder Änderung des Schlosses notwendig wird. Dagegen gehören nicht hierher die Schäden, welche durch einen nicht vertragsmäßigen Gebrauch der Sache entstehen. (S. § 5 S. 46 d. Arb.)

[4] S. Heinrici a. a. O. S. 825, Note 7.

die aus dem Vertrage ihnen zustehenden Rechte oder die dinglichen Ansprüche gerichtlich geltend zu machen[1].

Erfüllt der Kunde seine Verpflichtungen nicht oder nicht gehörig, so stehen der Bank, ebenso wie im umgekehrten Fall dem Kunden die allgemeinen Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zu. Insbesondere hat sie auch nach dem Gesetz ein Zurückbehaltungsrecht.

Bezüglich des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB. ist dies unbestritten[2]. Es folgt ohne weiteres aus dem allgemeinen Satz, daß auf das Vertragsverhältnis die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden sind. In der Regel wird die Bank ihr Recht ausüben, indem sie der Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Öffnung nicht nachkommt. Dadurch macht sie es nämlich dem Kunden tatsächlich unmöglich, das Safe zu benutzen und seine Sachen fortzuschaffen, d. h. überhaupt über sie zu verfügen.

Ob der Bank dagegen auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist streitig. Die einen[3] geben es ihr, ohne Gründe anzugeben, wohl in Verfolgung des allgemeinen Grundsatzes, daß auf den Schrankfachvertrag alle allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über Handelsgeschäfte Anwendung finden; andere[4] versagen es ihr, da das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, nicht wie das des Bürgerlichen Gesetzbuches nur ein Recht, eine Leistung zu verweigern, sondern ein an einer Sache bestehendes pfandrechtartiges Recht und seine Entstehung an den Besitz geknüpft sei, dieser aber weder unmittelbaren Mitbesitz mit dem Schuldner noch mittelbarer Alleinbesitz sein könne. Diese Begründung ist jedoch nicht unanfechtbar. Es genügt für den im § 369 BGB. geforderten Besitz jeder Besitz, also auch unmittelbarer Mitbesitz, sobald er Gesamthandsbesitz ist[5]. Das widerspricht nicht dem Gesetz, welches

[1] S. unten § 5 S. 54 ff. d. Arb.

[2] Ausdrücklich erwähnen das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB: Wettstein a. a. O. S. 95 ff.; Düringer a. a. O. I S. 69; Heinrici a. a. O. S. 825 ff.; Adler a. a. O. S. 128; Wimmer a. a. O. S. 48; Jacoby a. a. O. S. 68; Gumbel a. a. O. S. 20 ff.

[3] Marcus a. a. O. S. 253; Adler a. a. O. S. 12.

[4] Gumbel a. a. O. S. 21; Wimmer a. a. O. S. 48.

[5] S. Lehmann-Ring a. a. O. § 369, Note 8, S. 87.

schlechthin von Besitz spricht. Die Bank hat aber nun unmittelbaren Mitbesitz an den Sachen des Kunden[1]. Liegt nun auch die zweite Voraussetzung des Gesetzes vor, sind nämlich die Sachen auf Grund beiderseitiger Handelsgeschäfte[2] in den Besitz der Bank gelangt, so ist kein Grund vorhanden, der Bank das Recht aus § 369 zu verweigern. Denn das Handelsgesetzbuch bezieht sich, da es lediglich von einem „Zurückbehaltungsrecht" spricht, auf die im § 273 BGB. gegebene Definition und gibt nur dann in den folgenden Paragraphen ihrem an die genannten Voraussetzungen gebundenen Zurückbehaltungsrecht weitere Folgen. Ob es nun der Bank möglich ist, die ihr durch dieses Recht gebotenen größeren Vorteile zu ziehen, ist eine andere Frage, die bei der Entscheidung, ob seine Voraussetzungen vorliegen, nicht in Betracht kommen kann.

Der Schrankfachvertrag endigt normaler Weise mit Ablauf der in den Bedingungen festgesetzten Zeit. Dies ist in der Regel, wie schon mehrfach hervorgehoben worden ist, ein Jahr. Die Bedingungen enthalten nun zumeist noch die Bestimmung, daß der Vertrag als auf die gleiche Dauer für verlängert gelten solle, wenn nicht vor Ablauf des Vertragsjahres seitens der Bank oder des Kunden eine entgegenstehende Erklärung dem Vertragskontrahenten gegenüber abgegeben worden ist. Fehlt diese Bestimmung, so gilt gleichwohl das Verhältnis als stillschweigend für unbestimmte Zeit verlängert, wenn die Parteien nach Ablauf der Zeit Rechte und Pflichten weiter ausüben.

Der Vertrag endigt ferner auch vor dem Ablauf der ausbedungenen Zeit mit dem Tode des Kunden[3]. Dies folgt aus der Höchstpersönlichkeit der Rechte aus demselben[4]. Das Vertrauen der Bank liegt in der Person des Kunden begründet, und muß sich infolgedessen nicht notwendig auf seine Familie oder seine Erben erstrecken[5]. Fraglich ist es höchstens, wem und

[1] S. § 4 S. 26. Note 5 d. Arb.

[2] S. Staub a. a. O., 8. Aufl., § 369 Anm. 26 S. 1396.

[3] So Wimmer a. a. O. S. 43; Jacoby a. a. O. S. 80. — A. A. Heinrici a. a. O. S. 824; Wettstein a. a. O. S. 68 N. 1.

[4] Nicht nur deshalb, weil regelmäßig nach den Vertragsbedingungen der Tod des Kunden das Verhältnis auflöst.

[5] Natürlich kann eine Fortdauer des Vertrages mit dem Erben vereinbart werden. Dies gilt aber als ein neuer Vertrag.

unter welchen Voraussetzungen die Bank die Herausnahme der etwa noch im Fach des Kunden vorhandenen Gegenstände zu gestatten hat[1]. Zumeist ist dieser Fall bereits in den Bedingungen der Banken vorgesehen. Danach wird gleich bei Beginn des Vertrages oder später vom Kunden für seinen Todesfall ein Dritter dazu ermächtigt, die Illaten herauszunehmen, und dieser der Bank gegenüber in bestimmter Weise legitimiert. Die Bank hat sodann diesem „Todesbevollmächtigten" gegenüber die Verpflichtungen zum Einlaß in die Stahlkammer usw. Ist eine Vereinbarung aber unterblieben, so hat die Bank demjenigen, der sich ihr gegenüber als Erbe bezw. Testamentsvollstrecker durch ein behördliches Zeugnis legitimiert, die genannten Verpflichtungen zu erfüllen[2]. Ob die Bank dabei noch besondere Identitätsprüfungen verlangen kann, wird nach Lage der Sache verschieden zu beurteilen sein.

Schwierigkeiten bereitet nun der von Lafrenz[3] behandelte Fall, daß das Safe ein eigenhändiges Testament des Kunden enthält. Denn eine Erbeslegitimationsverhandlung ist erst auf Grund des Testamentes möglich. Wie aber gelangt dasselbe aus dem Safe hinaus zum Nachlaßgericht? Wem liegt die in § 2259 BGB. festgestellte Pflicht ob, das Testament an das Gericht abzuliefern? Das Gesetz knüpft diese Pflicht an den Besitz. Bei Lebzeiten des Kunden waren Bank und Kunde Mitbesitzer[4]. Der Besitz geht auf den Erben über (§ 857 BGB.). Wer ist aber nun der Erbe? Nicht immer der gesetzliche Erbe. Macht die Bank also von ihrem Recht, dem nichtlegitimierten gesetzlichen Erben eine Öffnung des Safe zwecks Durchsicht zu verweigern, Gebrauch oder findet der ohne Verpflichtung[5] seitens der Bank zugelassene Erbe ein verschlossenes Testament, so läßt sich nicht feststellen, wer Erbe des Kunden ist. In manchen Fällen, so führt Lafrenz an, wird die

[1] Bis dies geschehen ist, gilt natürlich aus Billigkeitsrücksichten der Vertrag als fortbestehend.

[2] Mehrere Erben sind nur gemeinsam zur Öffnung berechtigt.

[3] a. a. O. S. 159.

[4] S. oben § 5 S. 26. Note 5 d. Arb.

[5] Nach Lafrenz pflegen die Hamburger Banken einem dem Schlüssel präsentierenden gesetzlichen Erben eine Durchsicht des Safeinhalts zu gestatten.

Schwierigkeit dadurch gehoben, daß der Bankvorstand nach gemeinsam mit dem gesetzlichen Erben vorgenommener Öffnung des Safes das Testament an sich nimmt und es an das Nachlaßgericht abliefert; da aber die Bank hierzu nicht verpflichtet ist, wird sie mit Rücksicht auf unangenehme Weiterungen es mitunter ablehnen, ohne gesetzlichen Zwang das Testament an sich zu nehmen. Für alle Fälle schlägt Lafrenz, da die den Nachlaßgerichten durch die Ausführungsgesetze zu § 2259 BGB. gegebene Zwangsgewalt deswegen versage, weil der Ablieferungsverpflichtete nicht zu ermitteln sei, vor, das Gericht solle selbst, wenn es das Vorhandensein eines Testaments wisse oder vermuten dürfe, das Safe öffnen und an sich nehmen.

Gumbel[1] dagegen sieht hier einen Fall des § 1960 BGB. für gegeben und nimmt an, daß das Nachlaßgericht für den unbekannten Erben einen Pfleger zu ernennen habe und daß dieser dann mit der Bank Mitbesitz an Fach und Inhalt habe und deshalb gemäß § 2259 verpflichtet sei.

Meines Erachtens werden beide Vorschläge in der Regel unnötig sein. § 2259 BGB. knüpft die Ablieferungspflicht an den Besitz. Dieser geht nun zwar gesetzmäßig mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über (§ 857 BGB.). Den Übergang verhindert aber die Besitzergreifung durch einen anderen[2]. Der Besitz am Fach beruht nun aber auf dem Schlüssel und in der Regel wird der gesetzliche Erbe oder ein Dritter nach dem Tode des Kunden den Schlüssel an sich nehmen und sich dadurch zum Mitbesitzer des Fachs und des Fachinhaltes machen[3]. Infolgedessen liegt die Pflicht der Ablieferung aus § 2259 BGB. der Bank und diesem Schlüsselinhaber gemeinsam ob[4]. Erst wenn niemand den Schlüssel in seine Gewalt gebracht hat, dürfte ein Fall des § 1960 BGB. vorliegen und ein Pfleger für den unbekannten Erben zu ernennen sein.

[1] a. a. O. S. 29.

[2] S. Staudinger a. a. O. Bd. III § 857 N. II; Fischer-Henle a. a. O. § 857 N. 5 S. 451.

[3] S. unten § 6 b. A.

[4] Die Bank ist also zur Mitwirkung bei der Öffnung des Safes aus § 2259 BGB. verpflichtet, nicht aber etwa, weil der Schlüsselinhaber der gesetzliche Erbe sei.

Die Erfüllung der Ablieferungspflicht kann das Nachlaßgericht gegebenenfalls durch Ordnungsstrafen erzwingen (§ 83 Fr. Ger. G.). Natürlich wird die infolgedessen vorzunehmende gemeinsame Öffnung des Safes die Bank zu größter Vorsicht und Sicherung verpflichten. Denn sie ist dem wirklichen Erben gegenüber dafür verhaftet, daß durch dieselbe nicht mehr aus dem Fach entfernt wird, als das Testament[1]. Sie wird sich daher zweckmäßiger Weise dabei der Hilfe der Sicherheitsbehörde bedienen.

Wie das Testament nach der Öffnung an das Nachlaßgericht gelangt, das ist nun Sache der Mitbesitzer. Verpflichtet sind sie jedenfalls beide gemeinsam dazu. Das beste wird sein, wenn sie das Testament einem vertrauenswürdigen Bankbeamten übergeben und durch diesen auf das Gericht bringen lassen. Die Hamburger Banken[2] haben also vielfach das richtige getan, allerdings wohl in Unkenntnis ihrer Verpflichtung hierzu.

Haben Bank und Schlüsselinhaber keine Kenntnis von dem Vorhandensein eines Testaments, so wird der gesetzliche Erbe legitimiert werden, auch wenn wirklich ein solches vorhanden ist. Der Bank gegenüber ist er dann gehörig ausgewiesen und sie ist von ihrer Haftung dem wirklichen Erben gegenüber befreit.

Dem Tode des Kunden steht die Endigung einer Handelsgesellschaft durch Auflösung usw. gleich. Hier haben nach dem Gesetz die Liquidatoren die bestehenden Verträge abzuwickeln, also auch die etwa bestehenden Schrankfachverträge mit den Banken.

Endlich ist eine Endigung des Vertragsverhältnisses vor dem Ablauf der ausbedungenen Zeit durch beiderseitige oder einseitige Auflösung desselben möglich. Für die Bank wird ein derartiges Recht einseitiger Lösung des Vertrages von Anhängern der Miets theorie auf Grund des gesetzlichen Kündigungsrechts des Vermieters, von Anhängern der Verwahrungstheorie[3] auf

[1] Der Schlüsselinhaber hat ja kein Recht, von der Bank Öffnung und Gestattung der Herausnahme zu verlangen. Er ist selbst auch nur aus § 2259 BGB. zur Mitwirkung bei der Öffnung verpflichtet.

[2] Nach Lafrenz s. oben im Text.

[3] S. Gumbel a. a. O. S. 20.

Grund des § 696 Satz 2 BGB. anerkannt. Beides ist hier abzulehnen.

Die Banken bedingen sich regelmäßig ein solches Kündigungsrecht in ihren Bedingungen aus, und zwar sowohl ausdrücklich für bestimmte Fälle[1] als auch überhaupt dann, wenn sie irgend welchen Grund dafür zu haben glauben, bei Weiterbestehen des Verhältnisses für die Sicherheit ihrer Stahlkammer besorgt sein zu müssen. Zu einer Angabe der Gründe sollen sie jedesmal nicht verpflichtet sein. Das Recht der Banken beruht also in erster Linie auf dieser Vertragsbestimmung.

Aber auch wenn eine solche einmal fehlen sollte, so wird man es der Bank doch ebenfalls auf Grund eines durch fortwährende bewußte Übung entstandenen Handelsgebrauches zuerkennen müssen und zwar auch mit dem weiten Inhalt, den die Verträge ihm geben, also auch ohne Verpflichtung zur Angabe der Gründe. Bestimmend für diese Annahme dürfte auch hier wieder die Sicherheit der ganzen Anlage sein, zu der die Bank ihren anderen Safekunden gegenüber verpflichtet ist.

Kommt der Kunde nun seiner Räumungspflicht nach der Kündigung nicht nach, so sind die Banken zumeist gemäß den Vertragsbedingungen nach Ablauf bestimmter Zeit und unter Einhaltung eines bestimmten Kündigungsverfahrens[2] zur gewaltsamen Öffnung des Faches berechtigt. Daß auch dieses Recht der Bank mangels einer bestimmten Vereinbarung zustehe, möchte ich nicht annehmen. Die einzelnen Bedingungen stimmen in dieser Bestimmung nicht so überein, wie dies bei dem Kündigungsrecht der Bank der Fall ist, so daß von einer bestimmten Verkehrssitte nicht gesprochen werden kann. Auch ist die Notwendigkeit, hier ein solches Recht anzuerkennen, nicht in dem Maße vorhanden, wie dort. Es ist nicht unbillig, die Bank auf die gerichtliche Geltendmachung ihrer Rechte nach allgemeinen Rechtsnormen zu verweisen.

Allerdings ist die Bank ja stets berechtigt, eine gewaltsame Öffnung vorzunehmen, sobald sie argwöhnt, daß der Kunde die

---

[1] Wie z. B. der vertragswidrige Gebrauch.

[2] Gewöhnlich drei Tage nach Absendung eines eingeschriebenen Briefes an den Kunden.

Stahlkammer gefährdende Gegenstände eingelegt hat[1]. Da sie auf diese Weise stets eine gewaltsame Öffnung herbeiführen kann, so bleibt der wirksamste Schutz für den Kunden auch hier nur die Rufgefährdung, welche die Bank geflissentlichst vermeiden wird.

Dem Kunden steht, ohne daß die Vertragsbedingungen eine dahingehende ausdrückliche Abmachung enthalten, ein Recht zu vorzeitiger einseitiger Auflösung des Vertrages nicht zu. Das von Anhängern der Mietvertragstheorie[2] auf §§ 542 ff. BGB. gestützte gesetzliche Kündigungsrecht des Kunden kann hier nicht anerkannt werden. Es stehen demselben vielmehr nur die allgemeinen Vorschriften über Rücktritt vom Vertrage zur Seite.

Besonderer Erwähnung bedürfen noch die Wirkungen, welche die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines der Kontrahenten auf das Bestehen des Vertrages ausübt. Gerät die Bank in Konkurs, so ist der Konkursverwalter niemals befugt, die Sachen, die der Kunde eingelegt hatte, anders zu behandeln, als es der Bank erlaubt war; denn dieselben gehören nicht zur Konkursmasse. Er dürfte sie besonders nicht etwa eigenmächtig aus der Stahlkammer entfernen, wenn er dazu überhaupt in der Lage wäre. Hat der Kunde seine Vergütung bei Eröffnung des Konkurses noch nicht oder nicht ganz erfüllt[3], so steht dem Konkursverwalter das Recht aus § 17 KO. zu. Entscheidet er sich für Erfüllung, hat er natürlich die gleichen Rechte und Pflichten wie die Gemeinschuldnerin. So ist er besonders verpflichtet, dem Kunden jederzeit den Zutritt zur Stahlkammer zu gewähren und bei der Öffnung des Faches mitzuwirken. Eine einmalige derartige Verflichtung hat er auch, wenn der Vertrag nicht erfüllt wird, gemäß § 43 KO. Denn

[1] Siehe § 5 S. 47 d. A.

[2] So Wimmer a. a. O. S. 42; Jacoby a. a. O. S. 54.

[3] Gleichgiltig ist dabei, ob die Bank bereits ihren Vertragsverpflichtungen nachgekommen ist oder nicht. Jacoby (a. a. O. S. 70) erkennt für den Konkursverwalter das Recht aus § 17 KO. nur für den Fall an, daß das Safe zur Zeit der Eröffnung des Konkurses dem Kunden noch nicht überlassen war und erklärt anderenfalls den Vertrag mit Rücksicht auf § 21 Abs. 1 KO. für der Konkursmasse gegenüber wirksam. Diese Ansicht ist für die einen Mietvertrag ablehnende Darstellung zurückzuweisen.

der Kunde kann Aussonderung verlangen, einmal auf Grund des ihm zustehenden dinglichen Herausgabeanspruches, demgegenüber der Konkursverwalter das Recht zum Besitz aus § 986 BGB. nicht einwenden kann, ferner aber auch auf Grund der persönlichen Ansprüche aus dem Vertrage auf Zutritt und Mitwirkung bei der Öffnung. Im Falle der Nichterfüllung hat der Kunde seine Ansprüche[1] nach § 26 KO. als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Beim Konkurs des Kunden gehören einmal die von demselben in das Fach gelegten ihm gehörigen Sachen zur Konkursmasse. Nach § 6 Abs. 1 KO. verliert er das Recht über dieselben zu verfügen. Aber auch die dem Gemeinschuldner aus dem Vertrage gegen die Bank zustehenden Ansprüche gehören zur Konkursmasse, soweit sie der Pfändung unterliegen[2]. Dies ist z. B. der Fall bezüglich des Anspruchs auf Zutritt zur Kammer und Mitwirkung bei der Öffnung[3]. Gemäß § 6 KO. Abs. 2 ist der Konkursverwalter berechtigt, diese Rechte geltend zu machen, nachdem dies dem Kunden mit dem Eröffnungsbeschluß unmöglich geworden ist. Die Bestallung wird ihn der Bank gegenüber legitimieren (§ 81 KO.).

Der Konkursverwalter wird die Rechte gemäß § 117 KO. unverzüglich auszuüben und selber die erforderlichen Handlungen vorzunehmen haben, um die Sachen des Kunden in Besitz zu nehmen. Widersetzt sich der Gemeindeschuldner in irgend einer Weise der Inbesitznahme seines Vermögens, gibt er also z. B. den zur Vornahme der Öffnung des Safes notwendigen Schlüssel nicht heraus, so kann sich der Konkursverwalter auf Grund des mit der Vollstreckungsklausel versehenen Eröffnungsbeschlusses der Hilfe des Gerichtsvollziehers bedienen (§ 794 Nr. 3 ZPO.)[4].

---

[1] z. B. Rückforderung eines entsprechenden Teils der bereits gezahlten Vergütung.

[2] Sie gehören zum Vermögen des Gemeinschuldners. § 1 Abs. 1 KO. (s. auch § 10 d. A.).

[3] S. § 10 d. A.

[4] Sarwey a. a. O. § 117 N. 4 S. 353; Jaeger a. a. O. S. 616 § 117 N. 6.

Gegebenenfalls ist wie bei der Zwangsvollstreckung[1] eine gewaltsame Öffnung des Safes herbeizuführen[2].

Durch Erlaß des offenen Arrestes bei Eröffnung des Konkursverfahrens wird die Bank verpflichtet, dem Kunden nicht mehr den Zutritt zum Fach zu gestatten und bei der Öffnung mitzuwirken, ferner auch das Safeverhältnis anzuzeigen[3]. § 118 KO. spricht zwar nur von der Verpflichtung einer Person, die eine zur Masse gehörige Sache im „Besitz" hat, nichts an den Gemeinschuldner abzugeben oder zu leisten, aber unbedenklich ist Gumbel darin beizustimmen, daß aus der ratio dieser Bestimmung, welche auf möglichste Sicherheit der Masse und die Möglichkeit der Inbesitznahme derselben durch den Konkursverwalter gerichtet ist, der obige Schluß zu ziehen ist, wenn die Bank hier auch nur „Mitbesitz" hat und bei der Wegnahme durch den Kunden selbst nur mitzuwirken, nicht aber ihm zu verabfolgen oder zu leisten hat. Kommt sie ihrer Verpflichtung nicht nach, so wird sie gemäß § 8 KO. schadensersatzpflichtig. Auch hier steht dem Verwalter das Recht auf Weigerung der Erfüllung zu, wenn die Voraussetzungen des § 17 KO. vorliegen.

III. Die dinglichen Beziehungen beim Schrankfachvertrag.

§ 6.

Besitz der Vertragsparteien an Fach und Inhalt.

In dem Streit über die Besitzverhältnisse beim Schrankfachvertrag hat sich eine herrschende Meinung herausgebildet, welche von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller vertreten

[1] S. § 10 d. A.

[2] Gumbel (a. a. O. S. 46) empfiehlt noch die Anwendung der im § 101 KO. vorgesehenen gerichtlichen Maßregeln.

[3] Hertel a. a. O. S. 55; Jacoby a. a. O. S. 77; Gumbel a. a. O. S. 45. Die Bank hat nur das Bestehen eines Vertragsverhältnisses, nicht aber den Besitz zur Konkursmasse gehöriger Sachen anzuzeigen. (So Gumbel).

wird. Dieselbe[1] nimmt an, daß Kunde und Bank gemeinsamen unmittelbaren Mitbesitz an Fach und Fachinhalt haben. Demgegenüber sehen einige in dem Kunden[2], andere in der Bank[3] den alleinigen unmittelbaren Besitzer an Fach und Inhalt und erkennen dem anderen Vertragskontrahenten nur mittelbaren Besitz daran zu oder verneinen überhaupt jeden Besitz desselben.

Wer Besitzer einer Sache ist, sagt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich; es ist aber aus den §§ 854, 856 zu entnehmen. Dieselben bestimmen, daß der Besitz an einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über dieselbe erworben, durch Aufgabe dieser tatsächlichen Gewalt beendigt wird. Danach ist Besitzer, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Haben mehrere gemeinsam die tatsächliche Gewalt an einer Sache, so sind sie Mitbesitzer, einen solchen Mitbesitz erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 866 ausdrücklich an. Nun steht das Bankgebäude und damit die Stahlkammer unstreitig im Alleinbesitz der Bank; soll sich dieser Alleinbesitz nicht auch auf die einzelnen Schrankfächer erstrecken, so muß ein gesonderter Besitz an Teilen einer Sache möglich sein. Dieser wird auch im § 865 vom Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich anerkannt, und zwar kann es auch ein Besitz an einzelnen Räumen sein.

---

[1] So Bondi a. a. O. S. 12; Hancke a. a. O. S. 389; Dernburg a. a. O. I. Bd. II S. 521; Marcus a. a. O. S. 253; Adler a. a. O. S. 34; Vogel a. a. O. S. 84; Crome a. a. O. Bd. III S. 79 N. 19; Rießer a. a. O. S. 17; Pinner a. a. O. S. 65/66; Lafrenz a. a. O. S. 159; Martin Wolff a. a. O. S. 150 Anm. 15; Keyßner a. a. O. S. 629; Cohn a. a. O. I. S. 239 ff.; Planck a. a. O. Bd. III S. 31 § 854 Anm. 2; Biermann a. a. O. S. 30 § 866 N. 1; Wimmer a. a. O. S. 14; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 586; § 808 Anm. II, 5; Gumbel a. a. O. S. 24 ff.; Pricken a. a. O. S. 298; Staub a. a. O. 8. Aufl. S. 1842; Heinrich Wolff a. a. O. S. 50; Düringer a. a. O. I. S. 68 f.; Bernt a. a. O. S. 45. Düringer und Bernt nehmen außerdem noch an, daß der Kunde, soweit der Mitbesitz der Bank reicht, zugleich mittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 BGB. ist.

[2] Wilutzki a. a. O. S. 259; Heinrici a. a. O. S. 832; Brückner a. a. O. S. 252; Hertel a. a. O. S. 55; Exner a. a. O. S. 25; Korn a. a. O. S. 505; Oertmann a. a. O. S. 474; Regelsberger a. a. O. S. 5. Nach Wilutzki und Heinrici hat die Bank mittelbaren Besitz an Fach und Inhalt, nach Hertel nur am Fach (Blechkasten), nicht an seinen Inhalt. Die übrigen verneinen jeden Besitz der Bank.

[3] Wettstein a. a. O. S. 33 ff.; Dorn a. a. O. S. 20.

Wer übt nun die tatsächliche Gewalt über das Fach aus? Wettstein[1] und alle die, welche unmittelbaren Alleinbesitz der Bank annehmen, sehen in der tatsächlichen Gewalt nur die äußerlich erkennbare räumliche Sachherrschaft, allein die physische Möglichkeit, mit der Sache nach Belieben schalten und walten zu können. Diese steht der Bank allein zu und in dieser Ausübung der tatsächlichen Gewalt hindert sie auch nicht der Mitverschluß des Kunden. Sie hat vielmehr die Schränke vollständig in ihren Machtbereich, sie kann sie selbständig aus der Stahlkammer entfernen und fortschaffen, sie kann sie erbrechen und ihren Inhalt an sich nehmen. „Die auf räumlichem Verhältnis basierte Herrschaft über eine Sache, so sagt Wettstein, durchschlägt in unserer Zeit nicht nur den Holzdeckel einer Kassette, sondern auch die eiserne Schrankfachtür." Weiter hat die Bank jeden Augenblick die Möglichkeit, den Kunden vom Eintritt in die Stahlkammer, von dem Gebrauch seines Faches auszuschließen. Durch die schwere Kammertür wird jede Möglichkeit des letzteren, auf das Fach einzuwirken, ausgeschlossen.

Diesen Ausführungen wird man aber nicht beistimmen können. Sie legen einen zu großen Wert auf das äußerlich erkennbare räumliche Machtverhältnis der Bank, welches unbestritten vorhanden ist. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist zwar auch der Dieb, der die gestohlene Sache tatsächlich in seiner Gewalt hat, Besitzer derselben. Ebenso ist die Bank alleinige Besitzerin der Schränke der Fächer, des Inhalts, sobald sie dieselben durch einen widerrechtlichen Gewaltakt in ihre alleinige Herrschaft gebracht hat. Bevor sie aber diesen Gewaltakt vorgenommen hat, ist sie dem Diebe gleich, der vor einem verschlossenen unbewohnten Haus steht, mit der Absicht, in dasselbe einzubrechen und sich der in ihm befindlichen Gegenstände zu bemächtigen. Oder noch besser, wenn der in dem Haus wohnende Hauswirt selbst es ist, der in die verschlossene Wohnung seines Mieters in dessen Abwesenheit eindringen will. Auch in diesem Fall hat die auf räumlichen Verhältnis allein basierte Sachherrschaft über die Wohnung und die Sachen des Mieters der Hauswirt, der Einbrecher. Aber wer wird ihm den Besitz

[1] a. a. O. S. 36 ff.

daran zuerkennen, noch bevor er die Verschlüsse erbrochen, die Zimmer betreten und die Gegenstände an sich genommen hat? Und ebenso wie die Bank ist schließlich auch jeder Hauswirt in der Lage, den ausgegangenen Mieter nicht mehr in das Haus hineinzulassen, in dem er den nur von ihnen zu öffnenden Riegel vorschiebt. Sollte etwa diese Möglichkeit gänzlichen Ausschlusses die Annahme eines alleinigen unmittelbaren Besitzes des Mieters an seiner Mietwohnung, seines unmittelbaren Mitbesitzes an Treppen, Böden und Fluren usw. entgegenstehen? Doch gewiß nicht.

Mit Recht weist Gumbel[1] darauf hin, daß man den gewöhnlichen Lauf der Dinge zu Grunde legen müsse, nach welchem normaler Weise nach Abschluß des Vertrages dem Kunden bereitwillig der Zutritt zur Kammer gewährt werde, so daß er ebensogut zu seinem Fach gelangen könne, als wenn sich dasselbe in seinem eigenen Zimmer befände. Jede sich als rechtswidrig darstellende Einwirkung auf die Sache, jede Notwendigkeit, Gewalt anzuwenden[2], schließt die tatsächliche Gewalt des § 854 BGB. aus. Denn diese ist nach herrschender Anschauung[3] nicht so sehr die auf räumlichem Verhältnis basierte Sachgewalt, sondern vielmehr die Herrschaft einer Person über eine Sache, die von der Verkehrsanschauung als Herrschaft über die Sache anerkannt wird: Eine Herrschaft, die nicht nur nach äußerlich wahrnehmbaren, sondern auch nach moralischen, gesellschaftlichen und geschäftlichen Momenten zu beurteilen ist.

Legt man aber diese Definition des Begriffs „tatsächliche Gewalt" zu Grunde, so wird man mit der herrschenden Meinung zur Annahme eines unmittelbaren Mitbesitzes der Bank und des Kunden am Fach gelangen müssen. Denn nach dem normalen Verlauf der Dinge können beide, auch der Kunde bis zum Schrankfach gelangen; auf dieses aber kann keiner von

---

[1] a. a. O. S. 24.

[2] Siehe Heinrici a. a. O. S. 826.

[3] Prot. Bd. III S. 29; Gierke a. a. O. Bd. II S. 212; Dernburg a. a O. I Bd. III S. 45, § 11; Staudinger a. a. O. Bd. III S. 17, § 854 Note II, 1; Endemann a. a. O. Bd. II S. 196, Note 11; Martin Wolff a. a. O. S. 156; Planck a. a. O. Bd. III S. 31 zu § 854; Dernburg a. a. O. II Bd. I, § 169 S. 392/393; Biermann a. a. O. S. 5, § 854.

beiden ohne Gewalt irgendwie einwirken. Jeder hat einen Schlüssel[1] in seinem Gewahrsam und nur unter Zuhilfenahme beider Schlüssel und unter gleichzeitiger, völlig gleichartiger[2] tätiger Mitwirkung beider Schlüsselinhaber ist eine Öffnung des Fachs, eine Einwirkung auf dasselbe, eine Ausübung der tatsächlichen Gewalt über dasselbe möglich. Keiner ist ohne den anderen allein imstande, eine Sachherrschaft auszuüben; nur beide gemeinsam vermögen dies zu tun[3].

Ja aber die Gleichstellung des Kunden mit der Bank hinsichtlich der tatsächlichen Gewalt sei nur eine rein äußerliche, so behaupten Vertreter der Alleinbesitz des Kunden annehmenden Meinung; es bestehe vielmehr ein wesentlicher Unterschied, denn die Bank sei dem Kunden, nicht dieser ihr gegenüber zur Öffnung verpflichtet und durch diese in eine tatsächliche Übung übergehende Verpflichtung der Bank werde der Alleinbesitz des Kunden begründet. Dies ist jedoch nicht richtig. Denn abgesehen davon, daß dieser Verpflichtung des Kunden ein strenges

---

[1] Siehe § 5 S. 47 Note 2 d. A. Eine alleinige Öffnung der Bank vermöge des zurückgehaltenen Doppels des Schlüssels würde auch einer gewaltsamen Öffnung gleichstehen.

[2] Mit Recht führt Wilutzki a. a. O. S. 295 an, daß es gleichgiltig sei, wer von beiden das Fach zuerst aufschließt oder wieder verschließt, wenn es auch nahe liege, die tatsächliche Gewalt demjenigen zuerkennen zu wollen, der zuletzt aufschließt und zuerst zuschließt (so auch Wimmer a. a. O. S. 17). Denn teilweise wird die Reihenfolge überhaupt gleichgiltig sein, und ist dieses nicht der Fall, wird bald der eine, bald der andere der erste sein. Eine derartig nebensächliche Einrichtung des Mechanismus kann für die Besitzfrage nicht maßgebend sein. Ebenso wird an dem Ergebnis nichts geändert, wenn der Kunde der größeren Sicherheit wegen das Schrankfach außer durch den gewöhnlichen Mitverschluß noch durch ein besonderes Vorlegeschloß absperrt, denn trotzdem kann er immer die tatsächliche Gewalt nicht ohne die Bank ausüben.

[3] Der Annahme unmittelbaren Mitbesitzes steht nicht im Wege, daß der Kunde mit der Benutzung des Faches auf die Geschäftsstunden beschränkt ist. Auch der Bank ist es außerhalb derselben in der Regel nicht möglich, zu den Fächern zu gelangen, da die Angestellten der Stahlkammer ebenfalls nur in den Geschäftsstunden zur Verfügung stehen. Der Besitz erfordert auch nicht die fortwährende Ausübung der tatsächlichen Gewalt, sondern vielmehr nur die Möglichkeit einer solchen Ausübung. Diese ist aber — nur durch die Verkehrssitte beschränkt — vorhanden.

Prüfungs- und Ausschließungsrecht der Bank gegenübersteht und daß diese auch von jenem in einzelnen Fällen die Mitwirkung zur Öffnung verlangen kann[1], in jedem einzelnen Fall wird die tatsächliche Gewalt von der Bank und dem Kunden ausgeübt, in jedem einzelnen Fall wird die tatsächliche Mitgewalt der Bank vom Kunden anerkannt, indem er sie zur Mitwirkung der Öffnung auffordert. Ihre Verpflichtung macht sie nicht zum bloßen Werkzeug in der Hand des Kunden; dadurch, daß sie demselben die Möglichkeit einräumt, daß Fach vertragsgemäß zu benutzen, gibt sie zwar ihren früheren Alleinbesitz auf, aber läßt mit dem Mitverschluß ihre Sachherrschaft nicht völlig aus der Hand. Wie Wettstein zu viel Gewicht auf die äußeren Kennzeichen der Sachgewalt legt, so gehen alle die, welche einen unmittelbaren Besitz der Bank leugnen, zu weit nach der entgegengesetzten Seite, indem sie auf den in den Händen der Bank befindlichen Schlüssel als das Mittel zur Ausübung der tatsächlichen Gewalt gar kein Gewicht legen[2].

Nun enthalten aber die Bedingungen der Banken vielfach den Vermerk, ihr Mitverschluß sei nur einer besseren Kontrolle wegen da. Heinrici[3] und seine Anhänger[4] entnehmen daraus ebenfalls ein Argument gegen den unmittelbaren Mitbesitz der Bank und für den Alleinbesitz des Kunden, indem sie darauf hinweisen, daß die Bank ja garnicht besitzen wolle. Nun ist es zunächst sehr zweifelhaft, ob man diese Bestimmung überhaupt dahin auslegen kann, daß die Bank damit ihren Besitzwillen habe verneinen wollen. Richtig ist es wohl, darin lediglich den

---

[1] z. B. bei Ausübung des Kontrollrechts, Endigung des Verhältnisses

[2] Mit Unrecht hält Hertel S. 55 einen Mitbesitz der Bank bei Mitverschluß für unmöglich, indem er behauptet, daß der Mitbesitz der Bank deshalb nicht vorhanden sei, weil sie infolge des Mitverschlusses des Kunden weder die rechtliche noch die tatsächliche Möglichkeit habe, auf den Inhalt des Faches einzuwirken, solange sie nicht etwa den Mitverschluß des Kunden mit Gewalt beseitigen. Das Gleiche könnte man nämlich auch gegen den Mitbesitz des Kunden vorbringen. Daß ein Mitbesitz an einer unter Mitverschluß gehaltenen Sache wohl möglich ist, zeigt § 1206 BGB., der von einer Einräumung eines solchen Mitbesitzes bei bestehendem Mitverschluß spricht (s. Gumbel a. a. O. S. 27).

[3] Heinrici a. a. O. S. 832.

[4] Ratzenhofer a. a. O. § 4 S. 364; Brückner a. a. O. S. 251.

für den Besitz unerheblichen Zweck des Mitverschlusses, das Motiv ihres Besitzes[1], zu erblicken.

Ist denn aber überhaupt für den Besitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein irgendwie gearteter Besitzwille nötwendig? Die maßgebliche Rolle, die der animus possidendi im Gemeinen Recht gespielt hat, hat er, das gibt sogar Heinrici zu, im Bürgerlichen Gesetzbuch sicherlich eingebüßt[2]. Dieses verlangt vielmehr als einziges Erfordernis zur Besitzerwerbung die bereits oben für beide Parteien festgestellte Sachgewalt. Und es hat absichtlich von dem Erfordernis des Besitzwillens Abstand genommen. Das lehrt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 854 BGB.[3]. Deswegen nimmt die herrschende Meinung[4] an, daß damit der Besitzwille nicht mehr als zum Besitzerwerb erforderlich angesehen werden kann.

Nun wird man aber nicht immer von einer Betätigung des Besitzwillens absehen können. Auch in den Protokollen selbst[5] wird betont, daß derselbe nicht habe vollständig negiert werden sollen; er sei vielmehr lediglich deswegen gestrichen worden, weil er in einzelnen Fällen gar nicht vorhanden zu sein brauche. Dies sind alle die Fälle, in denen eine erkennbare Sachgewalt zweifellos besteht. Vielfach aber wird es gar nicht ohne weiteres festzustellen sein, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt oder auszuüben in der Lage ist. Es wird dann zu dem räumlichen Verhältnis, in dem diese Sache zu ihrem Besitzer

---

[1] Siehe Marcus a. a. O. S. 253.

[2] Auch die Ansicht, daß er noch in derselben Weise wie im bisherigen Recht erforderlich sei, wird vereinzelt vertreten (s. Endemann a. a. O. Bd. I § 37 S. 153).

[3] Entw. I § 797 verlangte im Anschluß an das Gemeine Recht zur Erwerbung des Besitzes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Innehabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwillen). Im Entw. II § 777, der mit § 854 BGB. übereinstimmt, ist nun dies zweite Erfordernis weggeblieben. S. Prot. Bd. III S. 27 ff.

[4] Planck a. a. O. Bd. III S. 31 Anm. 2 zu § 854; Gierke a. a. O. S. 66 f., 71 ff.; Leske a. a O. Bd. I S. 335; Bendix a. a. O. Bd. II S. 71; Biermann a. a. O. S. 5 § 854 Anm. 3; Staudinger a. a. O. Bd. III S. 15 § 854 Anm. I, 2; Neumann a. a. O. I. Bd. I S. 649 § 854 2 b.

[5] Bd. III S. 33.

steht noch etwas hinzukommen müssen, um gerade ihn als Besitzer zu kennzeichen. Und diese Beziehung des Besitzers zur Sache wird der Wille sein, jeden anderen von ihrem Besitz auszuschließen. Insoweit hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht auf den Besitzwillen verzichten können. Aber während er im Gemeinen Recht und noch im ersten Entwurf ein der Sachherrschaft gleichgestelltes Erfordernis zum Besitzerwerb war, hat er nunmehr nur noch insoweit eine Bedeutung, als man in manchen Fällen nur aus seiner Betätigung oder aus seinem Vorhandensein auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache wird schließen können[1].

Nun hat einmal beim Schrankfachvertrag die Bank, trotz ihres Vermerkes: der Mitverschluß sei nur der Kontrolle wegen da, ganz sicherlich den Willen, jedem anderen — ja mitunter selbst dem Kunden — die Einwirkung auf das Fach unmöglich zu machen, ferner ist aber auch die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch die Bank an dem Fach ohne weiteres klar erkennbar, d. h. ohne daß man aus einem animus possidendi auf sie erst schließen müsse, und damit ist das alleinige gesetzliche Erfordernis zum Besitzerwerb vorhanden. Wenn aber jemand wirklich eine solche Sachgewalt über eine Sache ausübt, dann kann keinesfalls der mutmaßliche Mangel eines Besitzwillens dahin führen, ihm den Besitz an der Sache abzusprechen. Damit wird der Einwand Heinricis hinfällig. So nehmen denn auch seine Gegner an, daß der oben genannte Vermerk in den Bedingungen dem Mitbesitz der Bank nicht entgegensteht[2].

Der Mitbesitz der Bank und des Kunden am Fach bedingt nun auch den Mitbesitz derselben an dem Fachinhalt[3], also den von dem Kunden eingelegten Gegenständen. Denn solange sich diese im Fach befinden, ist die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über sie, da zu ihr die gleichzeitige Öffnung des Faches erforderlich ist, nur beiden gemeinsam möglich.

---

[1] S. Strohal a. a. O. S. 66 f und 71 ff.

[2] Marcus a. a. O. S. 253; Cohn a. a. O. I. S. 241; Wimmer a. a. O. S. 19.

[3] Ausdrücklich auch so Wettstein a. a. O. S. 35/36; Gumbel a. a. O S. 24; Wimmer a. a. O. S. 13; Cohn a. a. O. I. S. 240.

Heinrici[1] macht hier einen Unterschied darin, ob der Kunde die Sachen unmittelbar in das Fach legt oder ob er sie in einer aus dem Fach herausnehmbaren, nur unter seinem Verschluß stehenden Blechkassette verwahrt. Für jenen Fall nimmt er auch an, daß Besitz am Fach und Fachinhalt zusammenfallen; in diesem Falle jedoch folgt seiner Meinung nach nur der Besitz am Blechkasten dem am Fach, während der Inhalt des Kastens im Alleinbesitz des Kunden steht. Schon aus Rücksicht auf die Folgen, die eine derartige Unterscheidung bei der Lehre von der Zwangsvollstreckung nach sich ziehen muß, erscheint es nicht angängig, sie überhaupt zu machen. Andererseits ist sie wohl auch aus tatsächlichen Gründen zurückzuweisen. Denn der Verschluß des Blechkastens erhöht die tatsächliche Gewalt des Kunden am Fach und seinem Inhalt nicht sonderlich, während er die tatsächliche Gewalt der Bank ebenfalls kaum beeinträchtigt. Hier braucht man wohl nicht erst an ein Erbrechen des Behältnisses zu denken, wenn man der Bank auch an dem Inhalt des Kästchens unmittelbaren Mitbesitz zuerkennt. Denn ohne die Mithilfe der Bank ist es dem Kunden eben nicht möglich, überhaupt zu seinen Wertgegenständen zu gelangen. Die tatsächliche Gewalt über dieselben, mögen sie nun im Blechkästchen liegen oder nicht, kann er eben nur in Gemeinschaft mit der Bank ausüben, da stets die nur beiden gemeinsam mögliche Öffnung des Faches notwendig bleibt. Ob er dabei zwei Verschlüsse zu öffnen hat und die Bank nur einen, dürfte gleichgiltig sein.

Nun hat man der Annahme eines Mitbesitzes der Bank an dem Fachinhalt ihre regelmäßige Unkenntnis über die Einlage des Kunden entgegengehalten, indem man davon ausging, daß zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt an einer Sache die Kenntnis von diesem Vorgang notwendig sei. Ein Besitzerwerb ohne Wissen von dem Eintritt der tatsächlichen Gewalt wird aber in vielen Fällen ganz allgemein anerkannt; so z. B. wenn der Schlafende oder Abwesende Besitz an den in den Hausbriefkasten gesteckten Zeitungen erlangt. In diesen Fällen genügt nämlich der allgemeine Wille des Erwerbers, stets dann Besitz zu erlangen, sobald er auch ohne sein Wissen in die Lage

[1] a. a. O. S. 826.

gekommen ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben[1]. Und diesen allgemeinen Willen hat der Schlafende bekundet, indem er einen Briefkasten an der Tür seines Hauses angebracht hat; ihn bekundet aber auch der Bankier, indem er sich den Mitverschluß des Faches vorbehält. Er erwirbt also auch an den Illaten des Kunden Besitz, die ohne seine Kenntnis — und dies ist ja die Regel — in das Fach hineingelangen[2].

Weiter führt Exner[3] gegen den Mitbesitz der Bank an, daß sie nur die „negative Besitzfunktion" habe, d. h. die Befugnis, jeden Dritten von der Sache auszuschließen, dem Kunden dagegen neben dieser auch die „positive Funktion" zustehe, d. h. die alleinige Möglichkeit, über die Sachen tatsächlich so zu verfügen, wie es dem gewöhnlichen Gebrauch und der Zweckbestimmung derselben entspricht. Diese Möglichkeit hat er aber allein erst, nachdem das Fach geöffnet ist und er die Sachen herausgenommen hat[4]. Solange das Safe verschlossen ist, muß er sich immer der Hilfe der Bank bedienen. Verweigert ihm diese ihre Mitwirkung, so scheitert an ihrem Widerstand jede Verfügungsmöglichkeit. Freilich ist sie nun vertraglich verpflichtet, ihm normaler Weise zu öffen. Aber diese Verpflichtung kann auf ihr Besitzverhältnis ebensowenig Einfluß haben, als etwa die Verpflichtung zu jederzeitiger Rückgabe auf den Besitz des Depositars an der verwahrten Sache. Beide Verpflichtungen zeigen nur, daß der Bank, resp. dem Depositar kein Recht zum Besitz dem anderen Teil gegenüber zusteht. Das Vorhandensein der tatsächlichen Sachherrschaft und damit des Besitzes kann deswegen nicht negiert werden[5].

Daraus, daß beide Vertragsteile unmittelbaren Mitbesitz am Fach und Fachinhalt haben, ergibt sich, daß keiner von ihnen nur mittelbaren Besitz daran haben kann. Vereinzelt wird nun auch die Ansicht vertreten[6], daß der Kunde zugleich mittelbarer

[1] S. Gierke a. a. O. Bd. II S. 229.

[2] Im Ergebnis auch Cohn a. a. O. I. S. 240.

[3] a. a. O. S. 17.

[4] Womit er Alleinbesitz erlangt hat.

[5] Martin Wolff a. a. O. S. 159; Marcus a. a. O. S. 253; Cohn a. a. O. I. S. 241; Gumbel a. a. O. S. 26.

[6] Düringer a. a. O. I. S. 68; Bernt a. a. O. S. 45.

Besitzer am Fachinhalt sei, insoweit denselben nämlich die Bank unmittelbar mitbesitze. Denn gemäß § 868 BGB. sei diese ihm gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet. Diese Annahme ist jedoch abzulehnen[1], weil sie bei der Art des hier vorliegenden Mitbesitzes unmöglich ist[2].

Der Mitbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuches kann nämlich ein verschiedenartiger sein. Einmal ist jeder der Mitbesitzer in der Lage, selbständig ohne den anderen die tatsächliche Gewalt über eine Sache auszuüben; ein Beispiel hierfür ist das gemeinsam gemietete Pferd in einem nur durch ein Schloß verschlossenen Stall, zu dem jeder der Mieter einen Schlüssel hat. Martin Wolff[3] nennt diese Art schlichten Mitbesitz und führt aus, daß hier nicht eine einzige unter die Mitbesitzer in Teile zerlegte Sachherrschaft, sondern eine Mehrheit von Sachherrschaften bestehe, daß jeder Mitbesitzer Ganzbesitzer sei. Bei einem so gestalteten Mitbesitz ist allerdings die Vereinigung von unmittelbarem und mittelbarem Besitz in einer Person an derselben Sache möglich; man denke nur an den Fall, daß der im Besitze eines dritten Schlüssels stehende Eigentümer des Stalles es übernommen habe, das anderweit gemietete Pferd zu verwahren.

Der Mitbesitz aber kann auch dergestalt sein, daß keiner von den Mitbesitzern allein die tatsächliche Gewalt auszuüben vermag, daß sie es vielmehr nur gemeinsam können. Martin Wolff[4] nennt diesen Mitbesitz einen Gesamthandsbesitz und führt aus, daß hier zwar ebensowenig eine geteilte Sachherrschaft, aber auch nicht, anders als oben, eine Mehrheit von Sachbesitzern vorliege, daß nicht jeder Ganzbesitzer sei, daß vielmehr die zur Personeneinheit verbundenen Mitbesitzer gemeinsam die körperliche Gewalt hätten. Die Beziehung des einzelnen zur Sache ist in diesem Fall daher nicht Sachgewalt, auch nicht Teil der Sachgewalt. Daher ist hier ein mittelbarer Besitz des

---

[1] Heinrici a. a. O. S. 826; Wimmer a. a. O. S. 20.

[2] Nicht aber bereits deswegen, weil es sich weder um Miete noch um Depositum handelt, denn das Gesetz erwähnt auch den genannten ähnliche Verhältnisse.

[3] a. a. O. S. 158.

[4] a. a. O. S. 159.

einen Mitbesitzers an der Sache, insoweit sie der andere unmittelbar besitze, nicht möglich, da eine einzelne Sachgewalt desselben, auf der der mittelbare Besitz nur beruhen könnte, gar nicht vorhanden ist.

Ein Fall derartigen Gesamthandsbesitzes liegt aber gerade vor, wenn eine Sache derart unter Mitverschluß gehalten wird, daß nur alle Mitbesitzer gemeinsam den Verschluß öffnen können. Also ist auch der Mitbesitz des Kunden und der Bank an Fach und Fachinhalt ein Gesamthandbesitz[1] im Sinne Wolffs, und damit ist die Ablehnung der Ansicht Düringers begründet.

Der Mitbesitz des Kunden an dem bisher im Alleinbesitz der Bank stehenden Schrankfach entsteht mit dem Abschluß des Vertrages, der Übergabe des Schlüssels und der Zuweisung eines Faches[2] und endigt von anderweitiger Aufgabe des Besitzes durch den Kunden abgesehen, mit Rückgabe des Schlüssels. Der Mitbesitz der Bank an den Fllaten entsteht jedesmal in dem Augenblick, in dem das Fach nach dem Einlegen verschlossen wird und endigt jedesmal in dem Augenblick, in welchem dasselbe geöffnet ist und der Kunde von seinem ius tollendi Gebrauch gemacht hat[3].

Als unmittelbarer Besitzer wird der Kunde in der Regel Eigenbesitzer sein; es kann ihm aber auch der Eigentümer der Wertpapiere als mittelbarer Besitzer gegenüberstehen. Dagegen erscheint eine Besitzdienerschaft (§ 855 BGB.) aus praktischen Gründen ausgeschlossen.

---

[1] Marcus a. a. O. S. 253; Martin Wolff a. a. O. S. 00.

[2] Wimmer (a. a. O. S. 17) erwähnt hier noch, daß dies nur dann der Fall ist, wenn das Schloß ordnungsgemäß verschlossen war, andernfalls der Mitbesitz des Kunden erst mit dem Schließen des Faches entsteht.

[3] Wobei es ganz gleichgiltig ist, ob der Kunde das Depot ganz herausnehmen oder nur Veränderungen an ihm vornehmen will. Dagegen Marcus (a. a. O. S. 253), der mit Unrecht annimmt, daß der Vermieterbesitz dann fortdauere, wenn der Kunde sich mit dem Depot in der Koje zwecks Vornahme von Änderungen befände. Normaler Weise ist der Kunde in der Lage, sobald er das Depot aus dem Fach erst einmal herausgenommen hat, über dasselbe auch völlig nach seinem Belieben zu verfügen, ohne daß ihn der Bankier daran hindern kann. Er hat allein die tatsächliche Gewalt, also unmittelbaren Alleinbesitz.

Dritten gegenüber genießen die Parteien vollständigen Besitzschutz und zwar kann jeder einzelne von ihnen alle Rechte aus §§ 858 ff. BGB. ausüben[1]. Untereinander findet dagegen bei Differenzen über die Art des Gebrauches ein Besitzschutz nicht statt (§ 866 BGB.). Nur wenn der eine dem anderen den Besitz ganz entzieht, stehen dem Beeinträchtigten Besitzschutzrechte zu[2]. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn die Bank dem Kunden den Zutritt zur Kammer oder ihre Mitwirkung bei der Öffnung unberechtigter Weise[3] verweigert[4].

§ 7.

Eigentum der Vertragsparteien und die Rechte aus dem Eigentum.

Die Benutzung des Faches durch den Kunden hat auf das Eigentum der Bank an dem Schrank, den einzelnen Fächern und dem übergebenen Schlüssel keinen Einfluß. Dieselbe ist also zur Verfügung über die genannten Gegenstände auch weiterhin berechtigt[5]. Eine solche übt auf das Vertragsverhältnis keinen Einfluß aus. Nur muß der Bankier in der Lage bleiben, seinen Vertragspflichten weiterhin nachkommen zu können[6]. Ebenso

[1] Martin Wolff a. a. O. S. 182.

[2] Ausdrücklich Düringer a. a. O. II S. 68; Wimmer a. a. O. S. 21; Martin Wolff a. a. O. S. 176.

[3] Geschieht dies infolge mangelnder Legitimation, so liegt keine Besitzstörung vor, da die Bank dem Vertrage gemäß handelt. Siehe Marcus a. a. O. S. 255; Wimmer a. a. O. S. 22.

[4] Wimmer (a. a. O. S. 22) sagt im letzteren Fall dem Kunden den Schutz des § 859 BGB. zu, während Heinrici (a. a. O. S 833) ihm diesen abspricht, weil er zur Erzwingung nicht gewährter Beihilfe nicht ausreiche. Da mit der Weigerung die Besitzentziehung vollendet ist und die Selbsthilfe auch gegen vollendete Entziehung zulässig ist, wird man dem Kunden den Schutz des § 859 nicht versagen dürfen. Freilich hat auch Heinrici Recht, wenn er auf die praktische Unmöglichkeit einer Selbsthilfe in diesem Falle hinweist.

[5] Die Veräußerung des ganzen Bankgeschäftes ist bereits oben § 5 S. 31 d. A. bereits erwähnt worden.

[6] Hindert ihn daran z. B. eine Veräußerung der Schränke, so haftet er dem Kunden gegenüber nach den allgemeinen Bestimmungen (§ 5 S. 43 d. A.). Dem Anspruch des neuen Eigentümers auf Herausgabe des Schlüssels kann der Kunde das Recht zum Besitz gegenüber der Bank einwenden (§ 986 Abs. 2 BGB.) so Jacoby a. a. O. S. 72.

behält natürlich auch der Kunde sein Eigentum an den eingelegten Gegenständen[1].

Daraus ergeben sich für die Parteien auch die Ansprüche aus dem Eigentum, besonders die rei vindicatio. Dies ist dritten Personen gegenüber zweifellos. Wie steht es aber damit dem Vertragskontrahenten gegenüber? Mit der rei vindicatio verlangt der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache (§ 985 BGB.). Nun ist oben[2] das Vorhandensein eines persönlichen Herausgabeanspruches des Kunden gegen die Bank verneint worden. Damit soll aber nicht auch der Anspruch aus § 985 BGB. für den Kunden ausgeschlossen sein. Die Voraussetzungen desselben sind nur — und diese sind hier vorhanden —, daß der eine Eigentümer, der andere Besitz sei; ob Alleinbesitzer, ob Mitbesitzer mit jenem, ist gleichgiltig. Darauf, daß der Anspruchsgegner nicht in der Lage ist, allein auf die Wertpapiere einzuwirken[3], kommt es hier nicht an. Das Gesetz versteht hier unter Herausgabe keineswegs eine körperliche Hingabe, bei der stets eine gewisse positive Tätigkeit des Besitzers in Hinsicht auf die herauszugebenden Sachen vorausgesetzt wird, sondern lediglich einen Übergang des Besitzes an den Eigentümer, wobei ganz gleichgiltig ist, ob eine Übertragung durch den Besitzer stattfindet oder ob der Besitz nur durch ein Dulden, ein Nichthindern seitens des Besitzers oder lediglich durch eigene Tätigkeit des Eigentümers übergeht. Der Eigentümer verlangt von dem Besitzer nur, daß die ihm gehörenden Gegenstände „besitzfrei"[4], d. h. frei von dem Besitze eines anderen seien, also auch frei von jedem Mitbesitz. Wie dies im einzelnen erreicht wird, ist gleichgiltig. Darum kann denn auch

---

[1] Von dem Fall, als dem regelmäßigen, ist auszugehen, daß der Kunde seine eigenen Wertpapiere einlegt. Dieselben können natürlich auch einem Dritten gehören. Dies ist nicht etwa ein Verstoß gegen die Höchstpersönlichkeit der Rechte. Denn nur der Kunde hat auch in solchem Fall das Recht zur Einlage. Und in keinem Formular der Deutschen Banken werden nur eigene Sachen des Kunden für einlagefähig erklärt.

[2] § 5 S. 39 ff. d. A.

[3] So Heinrici a. a. O. S. 828.

[4] So Hellwig a. a. O. § 3 S. 28.

der Kunde gegen die Bank die rei vindicatio anstrengen[1] und damit verlangen, daß sie dafür sorge und alles tue, daß seine Illaten frei von ihrem Besitz werden[2].

Dagegen spricht nicht etwa der Umstand, daß die Bank regelmäßig keine Kenntnis von dem hat, was der Kunde eingelegt hat[3], denn ebensowenig, wie eine solche Nichtkenntnis die Entstehung ihres Besitzes hindern könnte, kann sie auch zur Ablehnung eines Eigentumsanspruches gegen dieselbe führen[4].

Auch der Bank steht die rei vindicatio dem Kunden gegenüber zu, und zwar hinsichtlich des Fachs und der zugehörigen Schlüssel. Allerdings kann er gegen dieselbe sein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB. einwenden. Sie wird daher erst nach Beendigung des Vertrages[5] wirksam klagen können. Der Anspruch geht ebenfalls darauf, daß der Kunde alles tue, um das Eigentum der Bank besitzfrei zu machen.

Auch das Recht aus § 1004 BGB., Beseitigung der Beeinträchtigung zu verlangen, steht theoretisch beiden Vertragsteilen zu. Allerdings wird es nur auf Seiten der Bank praktisch werden können, da irgendwelche Einwirkungen auf das Eigentum des Kunden stets eine Entziehung des Besitzes sein werden.

§ 8.

Erwerb dinglicher Rechte am Fachinhalt durch die Bank.

Fraglich ist es, ob die persönlichen und dinglichen Verhältnisse beim Schrankfachvertrag einen Erwerb dinglicher Rechte am Fachinhalt durch die Bank zulassen. In Betracht kommen hierbei nur die drei Rechte: Eigentum, Nießbrauch und Pfandrecht. Ob die zu ihrem Erwerb erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, hängt naturgemäß von der Beantwortung der Fragen nach der rechtlichen Natur des Schrankfachvertrages und den

[1] Ohne Rücksicht darauf, daß die Bank überhaupt einmal die „Herausgabe" verweigert hat. Cohn a. a. O. I S. 243.

[2] So Cohn a. a. O. I S. 243; Pinner a. a. O. S. 66.

[3] Heinrici a. a. O. S. 828; Bondi a. a. O. S. 10/11.

[4] Cohn a. a. O. I S. 244.

[5] Welche sie allerdings jeden Augenblick durch Kündigung herbeiführen kann.

Besitzverhältnissen ab. Es ist demnach hier die Annahme eines Vertrages eigener Art und des unmittelbaren Mitbesitzes der Parteien an Fach und Fachinhalt zu Grunde zu legen.

§ 929 BGB. verlangt zum Erwerb die dingliche Einigung und die Übergabe. Wie oben[1] ausgeführt worden ist, kann in dem Einlegen der Wertsachen in das Fach keine Übergabe derselben an die Bank erblickt werden. Die Voraussetzungen des § 929 S. 1 sind also nicht erfüllt, wenn der Kunde nach der dinglichen Einigung die Sachen einlegt. Erfolgt die Einigung, nachdem die Sachen bereits eingelegt sind, sich also im Mitbesitz der Bank befinden, so geht ebenfalls durch die Einigung das Eigentum nicht über. Denn nach § 929 S. 2 BGB. genügt zwar zum Erwerb die dingliche Einigung, wenn der Erwerber bereits im Besitz ist, es ist auch ganz gleichgiltig, welcher Art der Besitz ist, notwendig ist aber, daß eine Änderung im Besitzverhältnis des Veräußerers zu der Sache eintritt, sei es, daß er seinen unmittelbaren (Mit-)Besitz aufgibt, sei es, daß er das Abhängigkeitsverhältnis, vermöge dessen er mittelbarer Besitzer ist, auflöst. Nur ersteres kann hier in Betracht kommen; es geschieht aber nicht, es sei denn, daß der Kunde auch seinen Schlüssel der Bank übergibt und somit jede Gewalt über die Sache verliert[2]. Durch die Einigung allein, durch bloße brevi manu traditio ist ein Eigentumserwerb der Bank an dem Fachinhalt nicht möglich. Ein solcher ist „in seinem Wesen dasselbe, wie der Erwerb durch Übergabe und kann daher nur stattfinden, wenn der Besitz, falls er durch Übergabe verschafft worden wäre, zum Rechtserwerb geführt hätte“[3].

Nach denselben Grundsätzen ist der Eigentumserwerb durch constitutum possessorium unmöglich; hierzu wäre es notwendig, daß der Erwerber durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses unmittelbarer Besitzer wird, daß er, der vorher in keinem Besitzverhältnis zur Sache gestanden hat, Besitz und

---

[1] § 4 S. 25 ff. d. A.

[2] Natürlich ist eine Eigentumsübertragung an den Bankier dadurch möglich, daß der Kunde die Effekten aus dem Fach herausnimmt und übergibt, oder daß er dem Bankier den Schlüssel zurückgibt.

[3] So Gumbel a. a. O. S. 33.

zwar mittelbaren Alleinbesitz[1] erhält. Ein Erwerb nach § 931 BGB. ist endlich deshalb nicht möglich, weil es an dem Besitz eines Dritten fehlt.

Aus den gleichen Gründen ist der Erwerb des Nießbrauchs an dem Fachinhalt durch die Bank nicht möglich (§ 1032 BGB.); es sei denn, daß es sich um Inhaberpapiere oder mit Blankoindossament versehene Orderpapiere handelt. An solchen kann der Nießbrauch nach § 1081 BGB. bereits dadurch bestellt werden, daß zur Einigung die Einräumung des Mitbesitzes tritt, woraus zu folgern ist, daß bloße Einigung genügt, wenn die Bank sich bereits in dem Mitbesitz befindet, also die Einigung dem Einlegen der Sachen erst nachfolgt.

Auch die Bestellung des Pfandrechts durch Übergabe, brevi manu traditio und Übertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 1205 ist aus den gleichen Gründen nicht möglich, wie die Übereignung[2]. Dagegen kennt das Gesetz noch eine andere Art der Pfandrechtsbestellung, nämlich die durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 1206 BGB.). Auf dieser positiven Gesetzesbestimmung fußen alle die vertragsmäßigen[3] Pfandrechte der Bank an dem Inhalt des Fachs[4]. Darnach kann ein Pfandrecht durch Einigung und Einräumung des Mitbesitzes bestellt werden, sobald sich die zu verpfändende Sache unter dem Mitverschluß des Gläubigers befindet.

Ist ein derartiges Pfandrecht bereits in den Bedingungen der Bank enthalten oder hatte sich dieselbe dem Kunden gegenüber bereits allgemein ein solches Pfandrecht an den in ihren

---

[1] Nicht wie im Schrankfachvertrag durch Einlegen der Sachen unmittelbaren Mitbesitz mit dem Veräußerer.

[2] Auch hier kann natürlich der ganze Fachinhalt durch Übergabe des Schlüssels an den Bankier verpfändet werden. Von diesem Falle ist jedoch abzusehen, da er sich mit dem Zweck des Verhältnisses nicht verträgt.

[3] Von einem gesetzlichen Vermieterpfandrecht kann natürlich bei Ablehnung eines Mietvertrages nicht die Rede sein. Ein solches wird sogar auch von Anhängern der Mietsvertragstheorie geleugnet: Mittelstein a. a. O. S. 41.

[4] Gleichgiltig ist, ob die Bedingungen der Banken das Wort „Pfandrecht" ausdrücklich gebrauchen oder nur die Rechte bezeichnen, welche gerade den Inhalt des Pfandrechts ausmachen.

Besitz gelangten Gegenständen ausbedungen[1], so ist die dingliche Einigung schon zustande gekommen, ehe dieser seine Wertsachen einlegt. Das Pfandrecht entsteht also dann mit der Einlage. Belanglos bleibt der Umstand, daß der Mitverschluß erst gleichzeitig mit dem Mitbesitz entsteht, das Gesetz verlangt lediglich die Einräumung eines Gesamthandsbesitzes im Gegensatz zum schlichten Mitbesitz[2].

Fehlt eine Bestimmung über das Pfandrecht in den Banken oder eine allgemeine Vereinbarung, so kann der Fall eintreten,

[1] Streitig ist, ob eine Einigung bezüglich der in das Fach eingelegten Sachen auch in einer in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vieler Banken befindlichen Bestimmung zu sehen ist, nach welcher der Bank an Wertpapieren oder sonstigen Wertstücken, die in ihren Besitz gelangen, ein Pfandrecht, für ihre Forderungen an den Eigentümer derselben aus jederlei Geschäften zusteht. Hancke (a. a. O. S. 389) bejaht diese Frage mit dem Hinweis, daß die Einräumung des Pfandrechts durch bloße Einigung möglich wäre. Mit Recht bezeichnet Gumbel (a. a. O. S. 37) diese Begründung als mangelhaft, da es hier nicht auf die Möglichkeit ankomme, sondern auf den Willen der Parteien. Er gelangt zur Verneinung der Frage, da seiner Meinung nach durch die fraglichen Bestimmungen nur die Wertstücke, die die Banken in Alleinbesitz haben, gemeint sind. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Korn (a. a. O. S. 506). Düringer (a. a. O. I. S. 68) meint, es sei in jedem Falle Auslegungsfrage, verneint aber den Willen der Bank auf Pfandrechtsbestellung an den Illaten für die Fälle, in denen dieselbe von dem Inhalt des Fachs keine Kenntnis habe, was natürlich regelmäßig der Fall sein wird. Die Frage ist wohl weder ohne weiteres zu verneinen noch zu bejahen, sondern es wird in jedem einzelnen Falle nach den besonderen Umständen zu prüfen sein, ob der zur dinglichen Einigung erforderliche Wille der Parteien auf Pfandbestellung anzunehmen ist oder nicht. Im Zweifel wird dies zu geschehen haben. Die Vereinbarung der Parteien nur auf die im Alleinbesitz der Bank befindlichen Sachen zu beziehen, dafür liegt kein Grund vor; vielmehr kommt es der Bank darauf an, möglichst zahlreiche Objekte zu ihrer Befriedigung für ihre Forderung zu haben. Daß die Banken jedenfalls diese Ansicht zum Teil haben, zeigen die vereinzelten Bestimmungen, in denen dies ausgesprochen wird. Ein Hinweis darauf, findet sich auch in den von Wettstein gegebenen Bestimmungen der Schweizerischen Bundesbank. (Wettstein a. a. O. Annexe III, 4). Dem Kunden wiederum wird es bei Annahme der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Bank gleichgiltig sein, durch was für Verträge diese in den Besitz seiner Wertgegenstände gelangt, ob sie darin Alleinbesitz oder Mitbesitz erwirbt. Anscheinend übereinstimmend Wimmer a. a. O. S. 46.

[2] Martin Wolff a. a. O. S. 200.

daß sich die Parteien erst einigen, nachdem der Kunde bereits Sachen in das Fach eingelegt hat. Hier könnte es zweifelhaft sein, ob bei dem Fehlen jeder Änderung in der Besitzlage eine Pfandrechtsbestellung überhaupt möglich ist. Sie wird allgemein angenommen[1]. Und wohl mit Recht. Denn auch in dem Falle des § 1205 Absatz 1 fehlt es an jeder Änderung in der Besitzlage[2], und wenn auch dem § 1206 ein solcher Zusatz fehlt, so wird er doch zu ergänzen sein[3].

Die Bank verliert ihr Pfandrecht, sobald der Kunde nach Öffnung des Fachs die Gegenstände herausnimmt und ihr damit jeden Besitz an denselben entzieht. Nun ist sie ihm gegenüber aber vertraglich zur Öffnung verpflichtet und sie kann die Erfüllung dieser Verpflichtung nicht etwa infolge des Pfandrechts verweigern. Der Kunde wäre also jeden Augenblick in der Lage, dies Pfandrecht selbständig zu beendigen, wenn man die Bank nicht für berechtigt hielte, ihn bei der Behandlung des Fachinhaltes zu überwachen und das Fortschaffen von Pfandstücken zu verhindern. Daß sie hierzu berechtigt ist[4], geht aus dem Recht zum Besitz dem Kunden gegenüber hervor, welches sie durch das Pfandrecht erlangt hat[5].

Nun würde aber eine ständige Überwachung des Kunden bei der Behandlung seines Depots mit den Zwecken, die derselbe mit dem Fachvertrag verfolgt, unvereinbar sein und auch

---

[1] Düringer a. a. O. S. 68/69; Planck a. a. O. Bd. III S. 773 § 1206 N. 1; Marcus a. a. O. S. 253; Martin Wolff a. a. O. S. 201; Rießer a. a. O. S. 17 N. 3; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. III S. 497; Staub a. a. O. 8. Aufl. S. 1842/43; Wimmer a. a. O. S. 45 Gumbel a. a. O. S. 35.

[2] Eine solche ist auch hier nicht notwendig, wie oben beim Eigentumserwerb.

[3] So Martin Wolff a. a. O. S. 201; Gumbel a. a. O. S. 35. — A. A. Korn (a. a. O. S. 506) der noch außerdem die Übergabe wenigstens eines Schlüssels seitens des Kunden für notwendig hält. Damit würde aber die Bank das Fach vollständig in ihrer tatsächlichen Gewalt haben, und es würde sich somit nicht um eine Verpfändung durch Einräumung des Gesamthandbesitzes handeln.

[4] Düringer a. a. O. I. S. 69; Wimmer a. a. O. S. 46; Regelsberger a. a. O. S. 6.

[5] Es bedarf gar nicht der besonderen Erwähnung eines solchen Kontrollrechts in den Bestimmungen.

der Absicht der Bank widersprechen. Die Folge davon wäre nämlich, daß der Kunde, von Anfang an[1] in der freien Verfügung über sein Depot beschränkt, seine Beziehungen zu der Bank abbräche und auch deren andere Schrankfächer unbenutzt bleiben würden. Im Interesse ihres Geschäftes wird daher die Bank von diesem Recht regelmäßig keinen Gebrauch machen, wobei sie allerdings eine Entziehung der Pfandstücke nicht wird verhindern können. Mit Recht hat man daher stets auf den zweifelhaften Wert hingewiesen[2], den dieses Pfandrecht für die Bank hat. Mitunter freilich wird man es ihr auch nicht verargen können, wenn sie zur Sicherung einer besonders hohen Forderung hier und da von ihrem Rechte Gebrauch macht.

Der Verwirklichung des Pfandrechts wird mangels besonderer Verabredung stets eine Klage aus § 1231 BGB. vorangehen müssen, denn die Bank ist niemals im Alleinbesitz des Pfandes. Einer solchen bedarf es nicht, wenn diese, wie dies häufig geschieht, sich das Recht ausbedingt, das Fach selbständig gewaltsam öffnen zu dürfen; ohne eine derartige Bestimmung ist jedoch die gewaltsame Öffnung verbotene Eigenmacht.

Die Verkaufsberechtigung tritt ein, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Eine Ausnahme hiergegen führt Gumbel[3] an: hat die Bank nämlich ihr Recht zu eigenmächtiger Öffnung und Befriedigung aus dem Fachinhalt an eine Frist gebunden[4], so tritt die Verkaufsberechtigung natürlich erst mit Ablauf dieser Frist ein.

Eine vertragliche Änderung des Inhalts oder der Geltendmachung des Pfandrechts durch die Parteien ist regelmäßig giltig, soweit sie von dem Gesetz zugelassen wird. Gumbel[5] führt verschiedene derartige Abmachungen an, die alle die Ausschließung gesetzlicher Bestimmungen enthalten (§§ 1234, 1236, 1237, S. 2. BGB.), auf deren Beobachtung nach § 1245 BGB. schon vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung verzichtet

[1] Das Pfandrecht besteht sowohl für gegenwärtige, als auch für künftige Forderungen.

[2] So besonders Düringer a. a. O. I. S. 68; Gumbel a. a. O. S. 35.

[3] a. a. S. 34.

[4] Binnen deren der Kunde den Schlüssel zurückzusenden hat.

[5] a. a. O. S. 34.

werden kann. Ist ein derartiger Verzicht aber nicht möglich, so ist natürlich eine dahingehende Abmachung ungiltig. Gumbel[1] führt als Beispiel die in den Vertragsbedingungen der Deutschen Bank (Nr. 11 der Bedingungen) enthaltene Bestimmung an, daß es bei dem Verkauf zwecks Befriedigung der Beobachtung der für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften nicht bedürfe, da es sich seiner Meinung nach hierbei nur um die §§ 1235 Absatz 1; 1235 Absatz 2 in Verbindung mit 1221, 1237 S. 1 und 1240 BGB. handeln, nach § 1245 Absatz 2 BGB. aber auf deren Beobachtung nicht verzichtet werden könne.

§ 9.

Erwerb dinglicher Rechte am Fachinhalt durch Dritte.

Auch bei dem Erwerb dinglicher Rechte durch Dritte kann es sich nur um die drei Rechte: Eigentum, Nießbrauch und Pfandrecht handeln. In erster Linie ist zum Erwerb eines jeden neben der stets erforderlichen dinglichen Einigung Übergabe der Illaten erforderlich. Eine solche ist, wie oben gezeigt wurde, das Verschaffen desjenigen Besitzes, den der Veräußerer hat, an den Erwerber, in unserem Fall des Mitbesitzes neben der Bank[2].

Diesen kann der Kunde einen Dritten verschaffen, und zwar dadurch, daß er ihm zunächst den Schlüssel, vermöge dessen er das Fach unter Mitverschluß hat, übergibt. Dadurch ist aber noch nicht alles getan; denn die Bank wird dem Dritten nicht ohne weiteres das Fach öffnen, ja überhaupt den Eintritt in die Kammer gewähren. Verpflichtet ist sie hierzu nicht; denn die Rechte aus dem Vertrage sind höchstpersönlich, also auch das Recht auf Einlaß und Mitwirkung bei der Öffnung. Ja regelmäßig macht die Bank sich sogar einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung schuldig, wenn sie einen Fremden ohne weiteres einläßt, wenn er auch sein Recht an dem Fachinhalt

[1] a. a. O. S. 34.

[2] Es wird nur der Rechtserwerb an den noch im Fach befindlichen Sachen zu behandeln sein, da keine Besonderheiten vorliegen, wenn der Kunde dieselben herausgenommen hat.

dem Kunden gegenüber nachweist. Dieser muß also dem Erwerber seiner Wertgegenstände irgendwie die Möglichkeit des Eintritts und der Öffnung verschaffen. Dies erreicht er, indem er ihm eine den Bestimmungen der Bank entsprechende Legitimation verschafft. Der Bank gegenüber in dem höchstpersönlichen Verhältnis des Fachvertrages, tritt er als Beauftragter des Kunden auf. Erst dadurch verschafft der Kunde dem Erwerber die tatsächliche Gewalt über den Fachinhalt und somit seinen Mitbesitz an denselben. Dadurch nun ist die von §§ 929 S. 1, 1032 S. 1 und 1205 Abs. 1 BGB. verlangte Übergabe erfolgt und der Dritte hat, je nach dem Inhalt der dinglichen Einigung Eigentum, Nießbrauch oder Pfandrecht erlangt.

Erforderlich ist übrigens, daß der Kunde völlig aus dem Mitbesitz ausscheidet. Behält er ein Doppel des Schlüssels für sich, so hat er dem Dritten nur neben sich und der Bank Mitbesitz eingeräumt, also ihm nicht den Besitz verschafft, den er hatte. Dies ist ebensowenig eine Übergabe, wie das Einlegen der Sachen eine Übergabe an die Bank ist. Es ist weiter sogar in Zweifel gezogen worden, ob der Kunde auch bei Übergabe des einzigen Schlüssels völlig aus dem Besitzverhältnis ausscheidet. Gumbel[1] nimmt dies mit Martin Wolff[2] für den Fall an, daß der Kunde der Bank gegenüber erklärt habe, die Vollmacht sei unwiderruflich; denn nur bei Widerruflichkeit derselben könnte der Kunde von der Bank neue Schlüssel erhalten mit der Begründung, daß er die Vollmacht widerrufen, die Schlüssel aber nicht zurückbekommen habe, was einem Verlust der Schlüssel gleich zu achten wäre. Ich möchte jedoch auch für den Fall, daß eine Unwiderruflichkeit nicht ausbedungen worden ist, ein Ausscheiden des Kunden aus dem Besitz und damit eine „Übergabe" anerkennen, denn der Widerruf, der ja allerdings dem Erwerber die Ausübung der ihm übertragenen Mitgewalt unmöglich macht, hindert nicht, daß derselbe doch bis zum Widerruf Besitzer des Schrankfachs und seines Inhalts gewesen ist. Dieser würde vielmehr verbunden mit dem Verlangen und Erhalten von neuen Schlüsseln, eine widerrechtliche Besitzentziehung

[1] a. a. O. S. 31.
[2] a. a. O. S. 199.

durch den Kunden darstellen. Eine solche ist aber auch bei jedem anderen Rechtserwerb durch Übertragung nachträglich möglich und kann deswegen auch hier nicht entgegenstehen.

Gumbel[1] hält zum Erwerb der dinglichen Rechte für erforderlich, daß der Dritte „tatsächlich einmal Mitbesitzer" geworden ist, daß ihn also die Bank während einer, wenn auch noch so kurzen Zeit zum Fach zugelassen hat. Dem ist ebenfalls nicht beizustimmen. Freilich muß der Dritte einmal tatsächlich Mitbesitzer geworden sein, aber ebenso wie der Kunde Mitbesitzer lediglich dadurch geworden ist, daß er einen Fachschlüssel erhalten und die Benutzungsmöglichkeit erlangt hat, ganz gleichgiltig, ob er nun auch von dem Fach Gebrauch macht, hat auch der Dritte lediglich dadurch den Besitz am Fach und seinem Inhalt erlangt, daß er durch Übergabe des Schlüssels und durch Erteilung der Vollmacht die Möglichkeit erlangt hat, das Fach zu benutzen.

Dem Erwerb des Eigentums oder des Nießbrauchs durch constitutum possessorium, wie er in §§ 930, 1032 S. 2 BGB. vorgesehen ist, steht nichts im Wege; auch ist ein Erwerb durch brevi manu traditio gemäß §§ 920 Satz 2, 1032 Satz 2 BGB. gegeben, indem der Kunde, nachdem er dem künftigen Erwerber in obiger Weise den Besitz an dem Fachinhalt bereits aus anderen Gründen verschafft hat, sich später mit diesem über den Übergang einigt.

Düringer[2] nimmt endlich noch an, daß ein Eigentumserwerb nach § 931 BGB. durch Abtretung des dem Kunden gegen die Bank zustehenden Anspruchs auf Herausgabe möglich ist, und daß eine Pfandrechtsbestellung auf Grund von § 1205 Abs. 2 BGB. dadurch erfolgen kann, daß der Kunde den Anspruch auf Herausgabe gegen die Bank an den Dritten abtritt, ihn dadurch zum mittelbaren Besitzer macht und dies der Bank anzeigt. Dies ist jedoch abzulehnen[3]. § 931 fordert nicht nur die Abtretung des — hier unbestritten abtretbaren — dinglichen Herausgabeanspruch, sondern auch des persönlichen Anspruches,

[1] a. a. O. S. 31.

[2] a. a. O. I S. 69.

[3] Gumbel a. a. O. S. 31; Wimmer a. a. O. S. 45.

wenn ein solcher vorhanden ist[1]. Nun hindert zwar nicht, daß ein persönlicher Herausgabeanspruch des Kunden hier geleugnet worden ist, denn an seiner Stelle steht der Anspruch auf Einlaß, Öffnung und Gestattung der Herausnahme. Aber dieser Anspruch ist infolge der Höchstpersönlichkeit der Vertragsrechte garnicht abtretbar[2]. Im § 1205 Abs. 2 BGB. handelt es sich aber überhaupt nicht um Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruches, sondern vielmehr um Übertragung des (hier garnicht vorhandenen) mittelbaren Besitzes an den Dritten, welche allerdings durch Abtretung des (hier unabtretbaren) persönlichen[3] Herausgabeanspruches vor sich geht. (§ 870 BGB.). Auch dadurch wird eine Pfandbestellung nach § 1205 Abs. 1 BGB. nicht möglich, daß noch außerdem Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes hinzukommt[4], was Düringer[5] verlangt. Dies ist überhaupt kein gesetzliches Erfordernis[6].

Für die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Inhaberpapier usw. und für die eines Pfandrechts genügt auch nach §§ 1081, 1206 BGB. die Einräumung des Mitbesitzes. In jenem Fall genügt sogar schlichter Mitbesitz: hier braucht also der Kunde nicht aus dem unmittelbaren Besitz auszuscheiden, er muß nur dem Dritten neben sich und der Bank dadurch Mitbesitz einräumen, daß er ihm unter Übergabe eines Schlüssels die Möglichkeit des Eintritts in die Kammer und der Öffnung der Safes verschafft. Im Falle der Pfandrechtsbestellung muß jedoch Gesamthandsbesitz eingeräumt werden; dies kann sowohl dadurch geschehen, daß dem Dritten ein Schlüssel übergeben wird, der zur jedesmaligen Öffnung neben den in den Händen der Bank und des Kunden befindlichen Schlüssel notwendig ist[7] oder

---

[1] Denn sonst könnte der Erwerber die Geltendmachung dieses Anspruches durch den Kunden garnicht hindern. S. Planck a. a. O. Bd. III S. 228, § 931 Note 3; Biermann a. a. O. S. 139, § 931 Note 1.

[2] Staub a. a. O. 8. Aufl. S. 1842 verlangt Aushändigung der Schlüssel und Abtretung des Anspruchs auf Mitwirkung

[3] Fischer-Henle a. a. O. § 870 Note 1 auf S. 458.

[4] Dies könnte nur eine solche nach § 1206 BGB. sein.

[5] Düringer a. a. O. I S. 69.

[6] Siehe Gumbel a. a. O. S. 32.

[7] z. B. des Schlüssels zu dem Vorhängeschloß, welches an dem Überfall angebracht ist.

auch dadurch, daß zur Übergabe des dem Pfandgläubiger ausgehändigten Schlüssels noch eine Vereinbarung mit der dazu bereiten Bank hinzukommt, dahingehend, daß nur beiden gemeinsam der Zutritt zum Fach gestattet werden soll[1].

IV. Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt.

§ 10.

Die Schwierigkeiten mancherlei Art, die sich gerade bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt ergaben, waren es besonders, welche die Rechtsprechung und die Wissenschaft veranlaßten, sich mit der Rechtsnatur des Schrankfachvertrages zu beschäftigen. Die Urteile[2], die sich mit der Frage zu befassen hatten, sind sämtlich früheren Datums. Sie stimmen alle darin überein, daß eine Zwangsvollstreckung durch Pfändung des dem Schuldner gegen die Bank angeblich zustehenden Herausgabeanspruches unzulässig sei, da ein solcher gar nicht gegeben sei, geben im übrigen aber keine Auskunft darüber, wie nun die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll. Sie haben also für die Frage nach der Art und Weise der Vollstreckung wenig Wert.

Die Antwort auf diese Frage hängt natürlich in erster Linie von der Beantwortung der Frage nach der obligatorischen Natur des Fachvertrages und der Besitzfrage ab. Es sind daher zunächst alle diejenigen Erörterungen zurückzuweisen, welche auf den unmittelbaren Alleinbesitz des Kunden[3] oder der Bank[4] oder sonst auf einem mittelbaren Besitz der letzteren auf-

[1] Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. III S. 497; Düringer a. a. O. I S. 69; Gumbel a. a. O. S. 32; Martin Wolff a. a. O. S. 200. Anm. 147; Wimmer a. a. O. S. 47.

[2] ERG. vom 10. 7. 95 bei Bolze 21, 210; EKG. vom 24. 1. 94 bei Holdheim 3, 103; EKG. vom 6. 2. 95 bei Pinner a. a. O. S. 65; ERG. JW. 1895, S. 399.

[3] Heinrici a. a. O. S. 833 ff.; Dorn a. a. O. S. 39; Hertel a. a. O. S. 56; Exner a. a. O. S. 32 ff.

[4] Wettstein, der außerdem nicht eine Vollstreckung nach dem Recht der Deutschen ZPO. behandelt.

bauen[1]. So ist zunächst die Darstellung Heinrichs[2] praktisch unbrauchbar, welcher gerade wegen der Zwangsvollstreckung alleinigen unmittelbaren Besitz des Kunden, mittelbaren der Bank annimmt. Er ist der Ansicht, daß der Gerichtsvollzieher gemäß § 808 ZPO. die im alleinigen Besitz des Kunden befindlichen Gegenstände durch die Besitzergreifung pfänden kann; weigert die Bank die hierzu erforderliche Mitwirkung bei der Öffnung des Faches, zu welcher sie nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, so macht sie sich seiner Meinung nach aus § 823 BGB. schadenersatzpflichtig, da sie das Vermögen des Gläubigers schädigt, indem sie ihn unberechtigt hindert, sich aus dem Vermögen seines Schuldners zu befriedigen; die Pfändung muß in diesem Falle unterbleiben, da die Bank durch ihre Weigerung Mitbesitzerin geworden ist. Hertel[3] und Dorn[4] gelangen ebenfalls dazu, eine Pfändung durch Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers anzunehmen, welcher der Bankier gemäß § 805 ZPO. nicht widersprechen könne und welche gegebenenfalls durch § 758 ZPO. gewaltsam ermöglicht werde. Exner[5] hält dagegen eine Mobiliarpfändung, wie sie die Angeführten vorschlagen, überhaupt für ausgeschlossen, da die Bank regelmäßig ihre Mitwirkung versagen werde, zu der sie nicht verpflichtet, ja nicht einmal berechtigt sei. Er gelangt schließlich dazu, eine Zwangsvollstreckung gemäß § 857 Absatz 3 ZPO. anzunehmen, indem der Gläubiger die Ausübung der dem Schuldner gegen die Bank zustehenden Rechte — nicht aber den vermeintlichen Herausgabeanspruch — pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen müsse[6].

Für den Fall, daß man Alleinbesitz der Bank annimmt, entscheidet sich Dorn[7] zu folgender Lösung der Frage: Sachpfändung gemäß § 809 ZPO., wenn die Bank zur Herausgabe bereit ist; Anspruchspfändung, wenn die Bank nicht bereit

[1] Düringer und Berndt.

[2] a. a. O. S. 833 ff.

[3] a. a. O. S. 56.

[4] Dorn a. a. O. S. 39 (für den Fall, daß man Alleinbesitz des Kunden annimmt).

[5] a. a. O. S. 32.

[6] Ebenso Regelsberger a. a. O. S. 6.

[7] a. a. O. S. 36 ff.

ist; und zwar ist im letzteren Fall der besonders geartete Rückgabeanspruch nicht nach § 857 Absatz 3, 4, sondern nach § 851 Absatz 2 ZPO. zu pfänden; weigert die Bank ihre Mithilfe dem durch den Titel legitimierten Gerichtsvollzieher, dann bleibt dem Kunden nur der Weg der Klage.

Bernt und Düringer[1] erklären übereinstimmend, daß der dem Kunden gegen die Bank zustehende Herausgabeanspruch gemäß §§ 846, 829, 835 ZPO. zu pfänden sei und die Bank dem Gerichtsvollzieher auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses die Mitwirkung der Öffnung nicht versagen dürfe.

Nimmt man aber mit der herrschenden Meinung[2] an, daß Bank und Kunde unmittelbaren Mitbesitz an Fach und Inhalt haben, so wird man verschiedene Arten der Zwangsvollstreckung anerkennen, je nach dem Verhalten des Kunden und der Bank.

Sind beide zur Mitwirkung bei der Öffnung bereit, so handelt es sich um die Pfändung einer im Mitgewahrsam[3] des Schuldners und eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindlichen Sache. Diese erfolgt gemäß §§ 808, 809 ZPO. dadurch, daß der Gläubiger die Sachen nach der Öffnung des Faches durch die Kontrahenten in Besitz nimmt[4]. Liefern die Parteien statt bei der Öffnung mitzuwirken, ihre Schlüssel an den Gläubiger aus und gestattet die Bank noch außerdem dem legitimierten Gerichtsvollzieher des betreibenden Gläubigers den Zutritt zur Kammer[5], so geben sie damit ihre tatsächliche Gewalt und ihren Gewahrsam an Fach und Inhalt auf und der Gläubiger erlangt alleinigen Gewahrsam an beiden. Der Fachinhalt ist daher gemäß § 809 ZPO. als Sachen, die sich im Gewahrsam des Gläubigers befinden, zu pfänden[6].

[1] Bernt a. a. O. S. 45; Düringer a. a. O. I S. 69.

[2] Siehe oben § 6 S. 58 N. 1 d. A.

[3] Dadurch, daß die Vertragsparteien das Fach unter Mitverschluß haben, haben sie auch den Mitgewahrsam an Fach und Inhalt im Sinne der ZPO.

[4] Pricken a. a. O. S. 298; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 568 § 808 II, 5.

[5] Dies muß noch hinzukommen, damit die Bank tatsächlich ihren Besitz überträgt und der Gläubiger Gewahrsam erhält. S. Cohn a. a. O. S. 250.

[6] So Cohn a. a. O. I S. 250.

Verweigert der Kunde allein die Herausgabe des Schlüssels, so findet ebenfalls noch eine Mobiliarpfändung nach §§ 808, 809 ZPO. statt[1]. Gibt nämlich die Bank dem Gläubiger ihren Schlüssel heraus und überträgt ihm ihren Besitz, so ist die Sachlage so anzusehen, als ob sich das Fach in alleinigem Gewahrsam des Kunden befände. Den Widerstand desselben kann der Gerichtsvollzieher dann mit Gewalt brechen (§ 758 ZPO.)[2]. Anders, wenn sie — und dies wird der häufigere Fall sein — sich nur zur Mitwirkung bei der Öffnung bereit erklärt, dadurch also ihren Mitbesitz und Mitgewahrsam nicht aufgibt. Cohn[3] nimmt auch hier an, daß der Gerichtsvollzieher eine gewaltsame Öffnung des Faches auf Grund von § 758 ZPO. vornehmen darf, und zwar ohne weiteres, d. h. ohne, daß er irgend etwas zur Erlangung des Schlüssels gegen den Kunden unternommen habe. Er begründet dies damit, daß der Gerichtsvollzieher „die Stahlkammer als ein sich im ausschließlichen Gewahrsam des Kunden befindliches, von ihm verschlossen gehaltenes Behältnis betrachten" könne und alle im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Behältnisse, ganz gleich in wessen Eigentum sie ständen, gemäß § 758 ZPO. gewaltsam zu öffnen berechtigt sei (Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 470 § 758 Note II).

Wie nun aber, wenn die Bank sich weigert, eine gewaltsame Öffnung des Schlosses des Kunden zuzulassen?[4] Wird der Gerichtsvollzieher aus § 758 ein Recht haben, diese Öffnung zu verlangen? Gewiß nicht. Denn die Bank hat dadurch, daß sie sich zur Öffnung ihres Schlosses erbot, ihren Gewahrsam an dem Fach nicht aufgegeben, wie in dem Fall der Schlüsselübergabe. Trotzdem bleibt sie stets eine zur Herausgabe bereite Dritte, denn sie hat ihrerseits alles Erforderliche getan oder zu tun versprochen. Die Vollstreckung bleibt also eine Pfändung

[1] Gaupp-Stein a. a. O. § 808 Note II,5 Bd. II S. 586; Cohn a a. O. 1 S. 251.

[2] So Cohn a. a. O. S. 251.

[3] a. a. O. I S. 251.

[4] Dies wird die Regel sein; denn sie, die dem Gläubiger schon genügend entgegengekommen ist, indem sie sich zur Öffnung ihres Schlosses erboten hat, wird mit Rücksicht auf die Betriebsstörung und die nicht unerheblichen Kosten und Umstände ohne Verpflichtung eine gewaltsame Öffnung wohl vermeiden.

nach §§ 808, 809 ZPO., ist aber tatsächlich ausgeschlossen, weil von der Bank eine gewaltsame Öffnung nicht verlangt werden kann. Gumbel[1] hat nun ein solches Verlangen folgendermaßen begründet: Der § 758 ZPO. berechtige den Gerichtsvollzieher zu allen Gewaltmaßregeln gegen den Schuldner, welche zur Durchführung der Zwangsvollstreckung notwendig würden. Hier sei nun das Vorhandensein des dem Kunden übergebenen Schlüssels notwendig. Folglich könne der Gerichtsvollzieher denselben unter Anwendung sämtlicher Mittel des § 758 ZPO. wegnehmen. Sei er nicht zu finden, so könne der Gläubiger von der Bank verlangen, daß diese die Sachlage so ansehe, als sei der Schlüssel vom Kunden verloren worden. Denn für den Gläubiger sei er ja verloren. In solchem Fall habe die Bank aber die Verpflichtung, eine gewaltsame Öffnung zuzulassen. Diese Ausführungen werden hauptsächlich praktisch erst bei der unten zu behandelnden Anspruchspfändung und sind daher zweckmäßig[2] auch erst bei dieser zu erörtern. Der Vorschlag Gumbels ist aber eine Grundlage, auf welcher der Gerichtsvollzieher von der Bank eine gewaltsame Öffnung verlangen kann. Weist er seine vergebliche Bemühungen zur Erlangung der Schlüssel nach, so wird die Bank seinem Verlangen wohl eher stattgeben[3]. Zwingen kann er sie allerdings trotzdem nicht. Kommt sie seinem Verlangen nicht nach, dann bleibt dem Gläubiger nur der Weg der Anspruchspfundung[4].

Eine solche ist stets dann notwendig, wenn die Bank ihre Mithilfe bei der Zwangsvollstreckung versagt, d. h. wenn sie zur Herausgabe (§ 809 ZPO.) nicht bereit ist. Dieser Fall wird nun häufiger vorkommen, als die bisher behandelten, in denen entweder beide oder wenigstens die Bank zur Mitwirkung

---

[1] a. a. O. S. 39 ff.

[2] Sie ist nämlich von Cohn a. a. O. II S. 399 scharf angegriffen worden, soweit sie auch für die Anspruchspfändung Geltung verlangt.

[3] Dadurch, daß der Gläubiger das Recht des Kunden zur gewaltsamen Öffnung ausübt, verpflichtet er sich zugleich auch zur Erstattung der dadurch entstehenden Kosten.

[4] § 758 ZPO. berechtigt nicht zu Gewaltmaßregeln gegen den Gewahrsam habenden Dritten.

bei der Zwangsvollstreckung bereit waren[1]. Daß der Kunde in der Mehrzahl der Fälle dem Gläubiger nicht die Wege ebnen wird, um zu seinem Geld zu gelangen, liegt auf der Hand; aber auch die Bank wird aus Interesse für ihren Kunden und schließlich auch aus eigenem Interesse mit Rücksicht auf die Sicherheit der Stahlkammer nur selten bereit sein, dem Gläubiger ohne Zwang den Eingriff in die Safes zu gestatten[2]. Verweigert sie aber ihre Mitwirkung, so ist eine Zwangsvollstreckung in die Wertpapiere im Wege der Sachpfändung nicht möglich; denn daran hindert der Mitbesitz der Bank als der Mitgewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten[3].

Auch dadurch wird die Wegnahme der Wertpapiere nicht möglich gemacht, daß die Bank durch die dauernde Weigerung der Öffnung dem Kunden den Besitz entzieht. Denn wenn sich auch der Kunde verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren kann, so ist dies doch hier tatsächlich ausgeschlossen, da ja jede gewaltsame Mitwirkung auf Fach oder Inhalt zugleich wieder den Mitbesitz der Bank beeinträchtigen und so dieser gegenüber verbotene Eigenmacht sein würde[4].

Als der zu pfändende Anspruch wird nun vielfach der angebliche Herausgabeanspruch des Kunden gegen die Bank bezeichnet[5]. Diese Annahme beruht zumeist auf der hier abgelehnten Auffassung des Fachvertrages als eines Verwahrungsvertrages. Ein Herausgabeanspruch gegen die Bank besteht aber garnicht[6] und kann deswegen auch nicht gepfändet werden[7].

Auch der Mitbesitzanteil des Kunden an den Wertpapieren ist nicht pfändbar[8]. Der Mitbesitz der Parteien ist ein Gesamt-

---

[1] Siehe Gumbel a. a. O. S. 38 Note 2.

[2] Berechtigt ist sie allerdings, dem durch den Titel legitimierten Gläubiger auch ohne Pfändung die Herausnahme zu gestatten.

[3] Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 586 § 808 Anm. II, 5.

[4] So Cohn a. a. O. I S. 252.

[5] So Gumbel a. a. O. S. 38 ff.; Düringer a. a. O. I S. 69; Bernt a. a. O. S. 44 ff.

[6] Siehe oben § 5 S. 39 ff. d. A.

[7] Ausdrücklich gegen Annahme eines Herausgabeanspruches: Adler a. a. O. S. 34; Marcus a. a. O. S. 255; Regelsberger a. a. O. S. 6; Wimmer a. a. O. S. 49; Exner a. a. O. S. 35; Pricken a. a. O. S. 297.

[8] Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 586 § 808 Anm. II,5.

handsbesitz. Da ein solcher nicht aus Teilen einer Sachgewalt oder Mehrheiten von Sachgewalten besteht, existiert der zu pfändende Teil des Mitbesitzes garnicht.

Zu pfänden sind vielmehr zweierlei Ansprüche des Kunden gegen die Bank: nämlich der dingliche auf Besitzaufgabe und der persönliche auf Einlaß in die Kammer und Mitwirkung bei der Öffnung des Faches. Gumbel[1] leugnet allerdings die zwiefache Pfändbarkeit dieser Ansprüche wegen ihrer angeblichen Gleichartigkeit. Dies ist aber unzutreffend; denn abgesehen davon, daß es sich um einen persönlichen und einen dinglichen handelt, unterscheiden sich die Ansprüche, wie Cohn[2] darlegt, auch ihrem Inhalt nach: dem dinglichen gegenüber braucht die Bank dem Kunden nur die Möglichkeit zu verschaffen, die im Schrankfach liegenden Sachen sich anzueignen, einer Verpflichtung, der sie durch die Erklärung ihrer Herausgabebereitschaft dem Gerichtsvollzieher gegenüber und noch mehr durch Ausantwortung des Schlüssels genügt; dem persönlichen Anspruch gegenüber aber ist sie zu mehr verpflichtet, nämlich zu der durch den Vertrag übernommenen Mitwirkung bei der Öffnung.

Die Pfändbarkeit des persönlichen Anspruchs ist zunächst nicht unbestritten. Gegen sie führt vor allem Heinrici[3] an, daß derselbe — abgesehen von dem Zweifel, daß er ein Vermögensrecht sei — unübertragbar und deshalb unpfändbar sei. (§ 851 ZPO.). Der Anspruch ist aber erstens ein Vermögensrecht. Dies nimmt die herrschende Meinung[4] mit Recht an. Dazu ist nämlich nicht erforderlich, daß derselbe durch den Vollstreckungsakt der Pfändung und durch die nachfolgende Verwertung durch Einziehung, Verkauf oder Nutzung in Geld umsetzbar ist und unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers wegen seiner Geldforderung führt[5]. Er ist aber ein Vermögensrecht, weil er einen Vermögenswert darstellt. Denn für die Mitwirkung

[1] a. a. O. S. 40.

[2] a. a. O. II S. 298.

[3] a. a. O. S. 827; desgl. auch Pinner a. a. O. S. 66.

[4] Bondi a. a. O. S. 13; Marcus a. a. O. S. 255; Wimmer a. a. O. S. 50; Exner a. a. O. S. 36/37; Pricken a. a. O. S. 298; Cohn a. a. O. I S. 256; Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 680 § 857 Anm. III,8.

[5] Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 678 § 857 Anm. I,2.

der Bank bei der Öffnung, für die Möglichkeit, den Fachinhalt nach Belieben zu verändern, nicht allein für die Überlassung des Fachs und die Bewachung der Stahlkammer zahlt der Kunde seine Vergütung. Wird er an der Ausübung seines Rechtes verhindert, so zahlt er seine Vergütung zum mindesten teilweise unnötig. Um diesen Teil ist er an seinem Vermögen geschädigt. Sein Anspruch gegen den Kunden stellt also einen Vermögenswert für ihn dar.

Ferner wird anderweit der Anspruch des Kunden auch durchweg für pfändbar erklärt[1]. Allerdings herrscht über den Grund der Pfändbarkeit Streit. Ein Teil erklärt ihn für nicht höchstpersönlich und damit ohne weiteres nach § 857 Abs. 1 pfändbar[2]. Dies ist aber abzuweisen, denn der Anspruch ist, wie alle aus dem Vertrage stammenden Ansprüche der Parteien höchstpersönlicher Natur, also unübertragbar und damit der Regel nach auch unpfändbar (§ 851 Abs. 1 ZPO.). Doch kann man entgegen der Meinung Heinricis[3] den Anspruch sehr wohl aus der Gesamtheit der übrigen loslösen; geschieht dies doch jedesmal, wenn er dem Auftrag des Kunden gemäß von einem Dritten ausgeübt wird[4].

In zwei Fällen nun erklärt das Gesetz auch unübertragbare Ansprüche für pfändbar. Es unterwirft nämlich § 851 Abs. 2 eine durch Vereinbarung unübertragbare Forderung insoweit der Pfändung, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt[5]; § 857 Abs. 3 erklärt ein unveräußerliches Vermögensrecht, das keine Forderung ist, insoweit für pfändbar, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann[6]. Welcher

[1] So die oben § 10 S. 81 Note 2 angeführten Urteile. Ferner Bondi a. a. O. S. 13; Marcus a. a. O. S. 255; Rieser a. a. O. S. 17 N. 5; Pricken a. a. O. S. 298; Wimmer S. 50; Exner a. a. O. S. 36; Cohn a. a. O. I S. 256; Staub a. a. O. 8. Aufl. S. 1843; Gaup-Stein a. a. O. Bd. II S. 680, Anm. III, 8 zu § 857.

[2] Cohn a. a. O. I S. 286; Staub a. a. O. 8. Aufl. S. 1843; Marcus a. a. O. S. 255.

[3] a. a. O. S. 827.

[4] S. Cohn a. a. O. I S. 256.

[5] Hierauf gründet Dorn (a. a. O. S. 37 ff.) die Pfändbarkeit des in Rede stehenden Anspruchs.

[6] So Bondi a. a. O. S. 13; Adler a. a. O. S. 35; Wimmer a. a. O. S. 51; Exner a. a. O. S. 36.

von beiden Ausnahmefällen hier einschlägt, ist streitig. Richtig ist es wohl in dem Anspruch des Kunden „ein anderes Vermögensrecht", d. h. keine Forderung zu sehen. Denn eine solche muß eine (vertretbare oder nicht vertretbare) Sache zum Gegenstand haben und dies ist hier nicht der Fall. Dorn[1] ist zwar der Meinung, daß das Recht des Kunden auf Mitwirkung den Fachinhalt zum Gegenstand habe, indem er in ihm einen eigenartigen Rückgabeanspruch erblickt. Ein solcher Rückgabeanspruch ist aber oben[2] abgelehnt worden, und nur dadurch ist Dorns allzu weite Auslegung der „Gegenständlichkeit" zu erklären. Es handelt sich hier vielmehr nur um eine persönliche Dienstleistung, von der man nicht sagen kann, daß sie den Fachinhalt zum Gegenstande habe.

Es bleibt also nur die Anwendung von § 857 Absatz 3 übrig. Die Bedenken, die Dorn[3] gegen dieselbe vorbringt, sind gegenstandslos. Er ist der Meinung, daß das Gesetz eine Ausübung im eigenen Namen, nicht eine solche für einen Anderen verstanden wissen will, und nur von letzterer könne hier die Rede sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, vielmehr hat das Gesetz gerade die Fälle umfassen wollen, in denen eine Ausübung für sich durch einen Anderen möglich ist. Denn ein Recht, bei welchem auch eine Übertragung der Ausübung im eigenen Namen möglich ist, kann gar nicht unter die Ausnahmen fallen, da es unter die bereits nach § 857 Absatz 1 ZPO. pfändbaren Rechte gehört. Es ist nicht einzusehen, warum durch obige Annahme im Wege der Zwangsvollstreckung ein Zustand begründet wird, dessen Begründung im ordentlichen Rechtsverkehr unmöglich ist. Mag ein Beauftragter des Kunden oder ein Gerichtsvollzieher an Stelle des Kunden die Stahlkammer betreten und das Safe öffnen, in beiden Fällen ist es ein Dritter, der das dem Kunden zustehende Recht ausübt. Dorn irrt, wenn er annimmt, die Bank wolle durch die entsprechenden Bestimmungen gerade verhindern, daß ein Dritter die Rechte des Kunden für eigene Rechnung und im eigenen Namen ausübt. Sie will vielmehr dadurch, daß sie die Höchstpersönlichkeit

[1] Dorn a. a. O. S. 37 ff.
[2] § 5 S. 39 d. A.
[3] Dorn a. a. O. S. 37 ff.

der Rechte noch besonders hervorhebt, nur erreichen, daß lediglich der mit ihr paktierende Kunde, der ihr vertrauenswürdig erscheint, die Stahlkammer betritt, das Safe öffnet, kurz die Rechte aus dem Vertrage überhaupt ausübt, daß ihr gegenüber nicht fortwährend ein Anderer berechtigt ist. Soweit sie aber es zuläßt, daß ein anderer als der mit ihr paktierende Kunde das Safe öffnet, insoweit muß sie auch dem legitimierten Gerichtsvollzieher die Öffnung gestatten. Rechte, deren Ausübung einem anderen übertragen werden kann, soll auch der Gerichtsvollzieher zwecks Pfändung ausüben können. Der § 857, Absatz 3 ist darum gerade auf Fälle, wie der Vorliegende einer ist, zugeschnitten.

Nachdem nun festgestellt ist, daß der Anspruch des Kunden aus dem Vertrage überhaupt der Pfändung unterworfen ist, folgt aus § 857 Absatz 1 ZPO., daß die Pfändung und Überweisung desselben nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Geldforderung zu erfolgen hat. Das Gericht hat also auf Antrag des Gläubigers einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß zu erlassen. (§§ 846 ff. ZPO.)[1].

Weiter ist aber noch der dingliche Anspruch des Kunden auf Besitzaufgabe zu pfänden. Auch gegen die Möglichkeit dieser Pfändung bringt Heinrici[2] Bedenken vor: so stehe ihr die regelmäßige Unkenntnis des Gläubigers von dem Inhalt entgegen. Dies ist jedoch unzutreffend; denn eine derartige Unkenntnis über die zu pfändende Forderung wird auch in anderen Fällen der Zwangsvollstreckung vorhanden sein, in denen das Gericht nicht Anstand nehmen wird, auch auf eine allgemeine Bezeichnung hin den gewünschten Beschluß herbeizuführen[3]. Der dingliche

[1] Cohn (a. a. O. I S. 257) gibt für den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß folgendes Beispiel: „Der angebliche Vertragsanspruch des A. [Kunden] an die Dresdener Bank auf Mitwirkung bei Eröffnung der unter ihrem Mitverschluß stehenden an A. vermieteten Stahlkammer wird gepfändet. Die Bank darf dem A. die Stahlkammer nicht mehr öffnen, A. hat sich jeder Verfügung über seinen Anspruch zu enthalten, insbesondere darf er nicht mehr die Öffnung der Stahlkammer von der Dresdener Bank verlangen. Zugleich wird dem B. [Gläubiger] der bezeichnete Anspruch zur Einziehung überwiesen."

[2] a. a. O. S. 828.

[3] Außerdem hängt, wenn die Pfändung des persönlichen Anspruches möglich ist, die Durchführung des dinglichen bei gleichzeitiger Pfändung beider nicht von dem Willen der Bank ab, was Heinrici annimmt.

Anspruch ist vielmehr ebenfalls pfändbar. Die Vollstreckung in ihn erfolgt nach § 846 ff. ZPO., also wie die des persönlichen Anspruches durch Erlaß eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses[1].

Zwar hat nun Heinrici[2] Recht, wenn er daraus, daß § 846 ZPO. nur von „Herausgabe oder Leistung" spricht, die Anwendbarkeit der §§ 846 ff. ZPO. auf unseren Fall für zweifelhaft erklärt. Mit Recht weist jedoch Cohn[3] darauf hin, daß das Gesuch des Kunden vom Vollstreckungsgericht nicht deswegen zurückgewiesen werden könne, weil die Bank ohne die Mitwirkung des Kunden gar nicht in der Lage sei, die Stahlkammer zu öffnen und die Wertpapiere herauszugeben. Denn auch der § 985 BGB. spricht von der Verpflichtung, „die Sache herauszugeben"; trotzdem ist eine solche Verpflichtung der Bank dem Kunden gegenüber anerkannt worden. So muß auch ihre Durchführung nach § 846 ZPO. möglich sein. Hier wie dort ist Herausgabe die Tätigkeit, die notwendig ist, um die Illaten des Kunden besitzfrei zu machen.

Die von Bondi[4] vorgeschlagene Einsetzung eines Verwalters, zweckmäßig des Gerichtsvollziehers, gemäß § 857 Absatz 4 ZPO. ist unnötig und erübrigt sich daher. Es handelt sich hier nicht um ein Recht, welches dauernd ausgeübt werden soll; vielmehr ist mit der Inbesitznahme des Fachinhalts die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers erschöpft[5].

[1] Cohn (a. a. O. S. 255) gibt auch für diesen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ein Beispiel: „Der angebliche Eigentumsanspruch des A. gegen die Dresdener Bank auf Herausgabe der 10000 M preuß. cons. 3proz. Staatsanleihe, welche in deren Stahlkammer, zu der auch A. einen Schlüssel hat, sich befinden, wird gepfändet Die Dresdener Bank hat diese Wertpapiere nicht mehr an A., sondern vielmehr an den von B. beauftragten Gerichtsvollzieher N. N. herauszugeben. A. hat sich jeder Verfügung über den Anspruch, insbesondere durch Abforderung und Annahme der Wertpapiere zu enthalten Zugleich wird dem B. der bezeichnete Anspruch zur Einziehung überwiesen.

[2] a. a. O. S. 828.

[3] a. a. O. I. S. 255.

[4] a. a. O. S. 13.

[5] So Marcus a. a. O. S. 255; Wimmer a. a. O. S. 52; Pricken a. a. O. S. 298; Exner a. a. O. S. 37/38.

Die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, welche das Gericht auf Antrag des Gläubigers erläßt, ersetzen die nach dem Vertrage erforderliche Legitimation eines Dritten zur Ausübung der dem Kunden zustehenden Rechte; sie berechtigen den Gerichtsvollzieher, alles das von der Bank verlangen zu können, was zur Ausübung des gepfändeten Anspruchs notwendig ist. Ihnen gegenüber werden vielfach die Parteien ihren Widerstand aufgeben, die Bank ist hierzu dem Kunden gegenüber berechtigt. Ist dies der Fall, so geht die weitere Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt gerade so weiter, als hätten beide von Anfang an ihre Mitwirkung nicht versagt; d. h. der Gerichtsvollzieher nimmt die Sachen gemäß § 808 ZPO. in Besitz.

Auch hier ist es aber, sobald der Kunde seine Mitwirkung oder die Herausgabe seiner Schlüssel weigert, nicht ohne weiteres möglich, das Safe zu öffnen. Manche[1] nehmen nun an, daß der Gerichtsvollzieher durch die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse berechtigt wird, dem Kunden den Schlüssel wegzunehmen, ohne jedoch einen Grund hierfür anzugeben. Bondi[2] und andere[3] leiten ein solches Recht aus einer analogen Anwendung des § 836 Abs. 3 ZPO. her.

Cohn[4] rechtfertigt diese Anwendung folgendermaßen: Der § 836 Abs. 3 ZPO. verpflichtet den Schuldner zwar nur zur Herausgabe von Urkunden und, möge man auch den Begriff der „Urkunde" noch so weit fassen, der Fachschlüssel sei keine Urkunde; jedoch der Grundgedanke des Gesetzes sei der, „den Schuldner zu verpflichten, dem Gläubiger alle Mittel an die Hand zu geben und ihm alle Gegenstände herauszugeben, welche ihn in den Stand setzen, den überwiesenen Anspruch zu verwirklichen"; der Fachschlüssel des Kunden sei aber ein solcher Gegenstand.

Die Verpflichtung des Kunden zur Herausgabe des Schlüssels kann nach § 836 Abs. 2 mit allen Mitteln der Zwangsvollstreckung

---

[1] Pricken a. a. O. S. 299; Regelsberger a. a. O. S. 6; Staub a. a. O. S. 1842; Bernt a. a. O. S. 45.

[2] a. a. O. S. 14.

[3] Marcus a. a. O. S. 255; Wimmer a. a. O. S. 51; Cohn a. a. O. I S. 258 ff.; II S. 399.

[4] a. a. O. S. 258 ff.

erwirkt werden; d. h. der Gerichtsvollzieher ist befugt, wenn der Kunde ihn nicht freiwillig herausgibt, die Räume und Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen und diesem den Schlüssel nötigenfalls mit Gewalt wegzunehmen. Findet er den Schlüssel nicht, so kann von dem Schuldner die Leistung des sogenannten speziellen Offenbarungseides verlangt werden (§ 883 Abs. 2 ZPO.)[1]. Bekommt trotzdem der Gläubiger den Schlüssel des Kunden nicht in seine Hand, so ist damit der Bank gegenüber festgestellt, daß der Kunde den Schlüssel verloren hat. Sie ist dann zur Duldung der gewaltsamen Öffnung verpflichtet.[2]

Gumbel[3] erklärt diesen Weg für ungangbar. Mag nun auch eine derartige schroffe Abweisung nicht ganz gerechtfertigt sein, so ist eine analoge Anwendung der Bestimmungen des § 836 Abs. 3 im Sinne Bondis und seiner Anhänger doch bedenklich. Der Gläubiger bedarf des Schlüssels des Kunden nicht in gleicher Weise, wie er der über eine gepfändete Forderung ausgestellten Urkunde zur Geltendmachung dem Dritt-Schuldner gegenüber bedarf. Das Eigentum am Schlüssel geht auch nicht mit der Pfändung der Ansprüche auf ihn über, wie etwa das Eigentum an der Urkunde (§ 952 BGB.), wodurch ein Anspruch auf Herausgabe erklärt wird. Die Bestimmung des § 836 Abs. 3 ZPO. ist eine derart spezielle, daß sie allerhöchstens auch auf solche Gegenstände ausgedehnt werden könnte, deren einziger Zweck die Verfolgung des Anspruchs ist, nicht aber auf selbständige Gegenstände[4].

---

[1] Ausdrücklich Bondi a. a. O. S. 14; Cohn a. a. O. I S. 262; Exner a. a. O. S. 31; Wimmer a. a. O. S. 52.

[2] Mit Henrici (a. a. O. S. 835), welcher diese Frage anschneidet, ist zu sagen, daß sich der Gerichtsvollzieher bei einer gewaltsamen Öffnung mit Rücksicht darauf, daß die Schlösser meist sehr kompliziert gearbeitet sind, ihre Einrichtung nur der Bank bekannt und deren Geheimhaltung notwendig ist, prinzipiell der Handwerker der Bank zu bedienen haben wird, daß aber die Rücksicht auf die Bank dann nicht mehr entscheidend sein kann, wenn diese durch Nachlässigkeit die Gestellung der Handwerker verzögert.

[3] a. a. O. S. 41.

[4] Cohn (a. a. O. II S. 301) selbst erscheint die Forderung nicht ganz unbedenklich zu sein, wenn er zu endgiltigen Beilegung des Streites als eine bei einer zukünftigen Zivilprozeßreform dem Abs 3 des § 836 zu gebende Fassung folgende vorschlägt: „Der Schuldner ist verpflichtet, dem

Ich möchte daher der schon oben[1] erwähnten Ausführung Gumbels beitreten, hauptsächlich auch deswegen, weil er ein Recht zur Beschaffung der Schlüssel bezw. zur gewaltsamen Öffnung auf die gleiche Weise erreicht, mag derselbe zur Durchführung einer Mobiliarpfändung oder einer Anspruchspfändung notwendig sein. Gumbel[2] begründet seine Annahme, daß der Gerichtsvollzieher in jedem Fall zur Wegnahme der Schlüssel und gegebenenfalls zu einer Durchsuchung gemäß § 758 ZPO. berechtigt sei, mit dem Hinweis darauf, daß sich die Vorschriften des § 758 auf alle Arten der Zwangsvollstreckung beziehen[3]. Da er jedoch nur ein Recht zur Wegnahme des Schlüssels und nicht eine Verpflichtung des Kunden zur Herausgabe desselben herleiten kann, so kann von diesem auch nicht die Leistung des Offenbarungseides verlangt werden. Vielmehr ist die Bank bereits dann zur Duldung der gewaltsamen Öffnung verpflichtet, wenn der Gerichtsvollzieher ihr die vergebliche Anwendung der im § 758 ZPO. vorhergesehenen Gewaltmittel nachweist.

Cohn[4] hat, obwohl er diesen von Gumbel vorgeschlagenen Weg bestechend einfach nennt, dagegen Bedenken vorgebracht, die jedoch meines Erachtens zurückzuweisen sind. Er behauptet zunächst, daß § 758 ZPO., wenn auch in dem Abschnitt „Allgemeine Bestimmungen" stehend, sich doch nicht auf alle Arten der Zwangsvollstreckung, sondern nur auf die Arten der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen und zwecks Erwirkung der Herausgabe oder Leistung solcher Sachen durch den Schuldner beziehe; dies ergäbe sein Zusammenhang mit den voraufgehenden Paragraphen (§§ 754 ff. ZPO.). Diese Folgerung ist aber nicht richtig. Die §§ 754 bis 757 ZPO. zeigen durch ihren Inhalt, daß sie nur für solche Zwangsvollstreckungen anzuwenden sind; § 758 dagegen nicht. Seine Vorschriften sind vielmehr, allein betrachtet, ganz sicherlich auf Vollstreckungen aller Art anwendbar, und aus seiner Stellung hinter den §§ 754 bis 757

Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung vorhandenen Urkunden und die zu ihrer Verwirklichung vorhandenen Gegenstände herauszugeben."

[1] § 10 S. 71 d. A.

[2] a. a. O. S. 42.

[3] Anscheinend steht auch Exner a. a. O. S. 31 auf dem gleichen Standpunkt.

[4] a. a. O. II. S. 298 ff.

ist ein entgegengesetzter Schluß nicht zu ziehen. Denn nichts deutet darauf hin, das diese Stellung absichtlich gewählt ist. Weiter bringt Cohn vor: § 758 bezöge sich gar nicht auf Behältnisse von der Art, wie es die von der Bank überlassenen Schrankfächer seien; unter den „Behältnissen des Schuldners" seien nur die in seinem Alleingewahrsam und im Gewahrsam Dritter stehenden Behältnisse gemeint, ganz abgesehen von der Eigentumsfrage. Es handelt sich ja aber gar nicht um die gewaltsame Öffnung der Schrankfächer auf Grund des § 758 ZPO., vielmehr leitet Gumbel aus diesem Paragraphen nur eine Berechtigung des Gerichtsvollziehers her, die Behältnisse des Kunden nach dem ihm übergebenen Schlüssel, evtl. unter Anwendung von Gewalt zu durchsuchen. Darin stimmen ja beide überein, daß eine gewaltsame Öffnung des Schrankfachs nur auf Grund der Unauffindbarkeit des Schlüssels von der Bank verlangt werden kann.

Das Ergebnis ist — und dies bleibt die Hauptsache — allerdings in beiden Fällen das Gleiche. Der Gerichtsvollzieher kann auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bei Unauffindbarkeit der Schlüssel des Kunden von der Bank die gewaltsame Öffnung des Schlosses desselben verlangen.

Weigert sich nun die Bank, trotz der Beschlüsse des Gerichts und gegebenenfalls trotz des Nachweises der Unauffindbarkeit des Schlüsses bei der Öffnung des Faches mitzuwirken, die Herausnahme der Sachen des Kunden zu gestatten oder eine gegebenenfalls erforderliche gewaltsame Öffnung zu dulden, so bleibt dem Gläubiger nur übrig, auf Grund der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse zu klagen[1], denn dieselben berechtigen ihn keinesfalls zur unmittelbaren Anwendung von Gewalt gegen die Bank[2].

Eine solche Klage kann der Gläubiger auf die vertraglichen Ansprüche des Kunden[3] und auf die dinglichen Rechte stützen.

[1] Der Gläubiger hat durch die Beschlüsse die dinglichen Rechte des Kunden und die persönlichen Ansprüche desselben aus dem Vertrage, soweit dieselben zu seiner Befriedigung notwendig sind, übertragen erhalten.

[2] Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 646 § 847 Anm. V.

[3] In Betracht kommt der Anspruch auf Einlaß in die Kammer, Mitwirkung bei der Öffnung des Safes, Gestattung der Herausnahme und gewaltsame Öffnung des dem Kunden zustehenden Schlosses.

Die Vollstreckung des erlassenen Urteils vollzieht sich, wenn es sich um die Verfolgung des dinglichen Herausgabeanspruches handelt, gemäß § 883 ZPO. durch Wegnahme, gegebenenfalls nach gewaltsamer Öffnung (§ 758 ZPO.)[1], wenn es sich um Verfolgung persönlicher Ansprüche handelt, auf Grund von § 887 ZPO.[2]. Zwangsvollstreckungsschuldnerin ist hierbei die Bank.

Steht nun der Bank ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Pfandrecht an den Illaten des Kunden zu, so wird sie ihre Mitwirkung bei der Vollstreckung stets versagen und es jedesmal zu einer Klage durch den vollstreckenden Gläubiger kommen lassen. Der Klage aus dem Vertrage gegenüber kann sie nun ihr Zurückbehaltungsrecht einredeweise geltend machen, denn die Einreden, die sie gegen den Kunden hat, kann sie auch gegen den Gläubiger erheben. Solange der Kunde aber mit einer fälligen Vertragsleistung im Rückstande ist, kann sie die Mitwirkung bei der Öffnung als eine ihr obliegende Vertragsverpflichtung verweigern. Durch das Zurückbehaltungsrecht erlangt sie eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Mit dem Pfandrecht kann sie die Klage des Gläubigers in jedem Fall zurückweisen, denn sie hat dem Kunden gegenüber ein Recht zum Besitz.

Endlich kann die Bank ihr Pfandrecht auch im Wege der Klage geltend machen, nachdem sie ohne dasselbe eingewendet zu haben, der Klage des Gläubigers gemäß verurteilt worden ist und der Gläubiger auf Grund dieses Urteils in den Besitz der Illaten des Kunden gelangt ist. Die Bank ist dann nämlich nicht mehr im Besitze der Pfandsachen, kann infolgedessen auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben klagen. (§ 805 ZPO.)[3]. Eine Anwendung von § 771 ZPO., gegen die sich Gumbel[4] wendet, kann hier gar nicht in Betracht kommen, weil es sich nicht um ein die Veräußerung hinderndes Recht handelt.

---

[1] So Gumbel a. a. O. S. 41; Cohn a. a. O. I S. 261.

[2] So Cohn a. a. O. S. 261, während Gumbel, da er von der Pfändbarkeit eines persönlichen Herausgabeanspruches ausgeht, auch hier eine Vollstreckung aus § 883 ZPO. annimmt.

[3] So auch Marcus a. a. O. S. 255.

[4] Gumbel a. a. O. S. 43.